

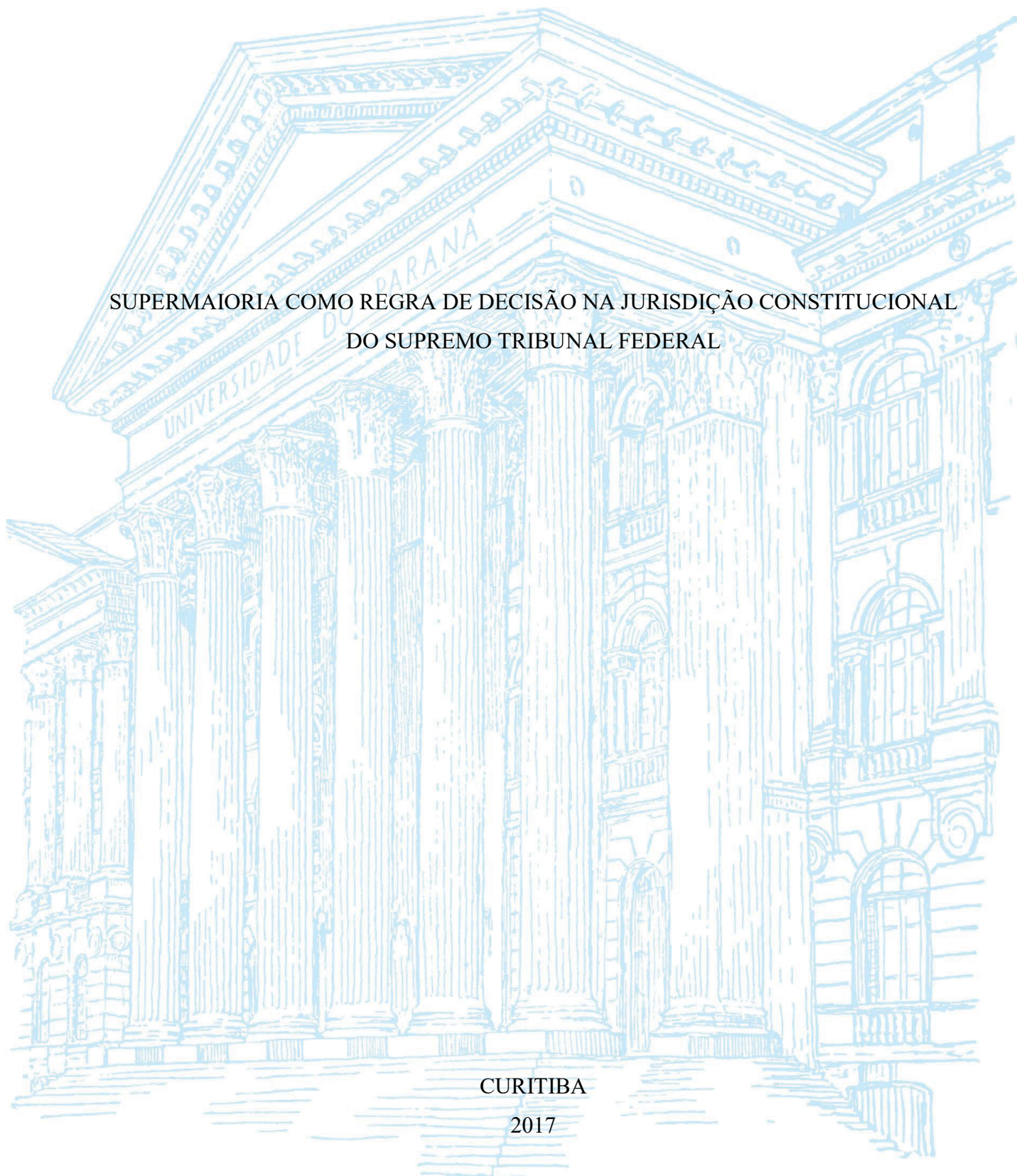
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULA PESSOA PEREIRA

SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CURITIBA

2017



PAULA PESSOA PEREIRA

SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do  
Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de  
Doutora em Direito, Área de Concentração: Relações  
Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2017

P436s

Pereira, Paula Pessoa

Supermaioria como regra de decisão na jurisdição  
constitucional do Supremo Tribunal Federal / Paula Pessoa  
Pereira; orientador: Luiz Guilherme Marinoni. – Curitiba, 2017.  
226 p.

Bibliografia: p. 209-226.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor  
de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.  
Curitiba, 2017.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Democracia.  
3. Controle da constitucionalidade. 4. Direito constitucional.  
I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Título.

CDU 347.991

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná**  
**Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas**  
**Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**


## TERMO DE APROVAÇÃO


PAULA PESSOA PEREIRA

### SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora no curso de Pós-Graduação em Direito, Sector de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador:**

  
Prof. Dr. Titular. Dr. Luiz Guilherme Marinoni  
Universidade Federal do Paraná

  
Prof. Dr. Daniel Mitidiero  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

  
Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier  
Instituto Brasileiro de Direito Público

  
Prof.ª Dr.ª Vera Karam de Chueiri  
Universidade Federal do Paraná

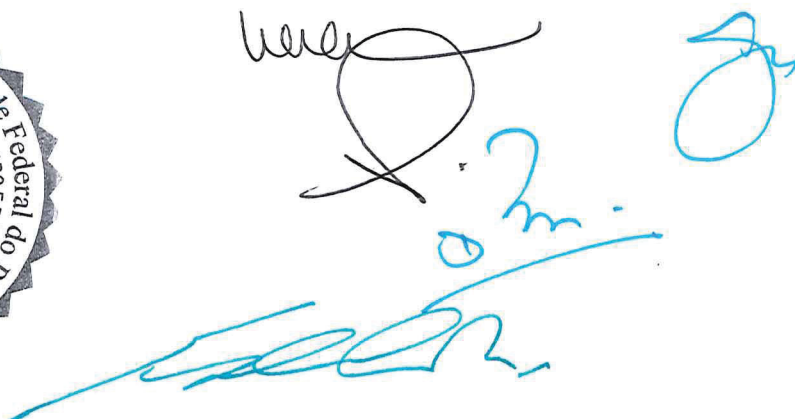
  
Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 09 de novembro de 2017



Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Paula Pessoa Pereira**, realizada no dia nove de novembro de dois mil e dezessete, às nove horas.

No dia nove de novembro do ano de dois mil e dezessete, às nove horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Paula Pessoa Pereira**, sob o título “**Supermaioria Como Regra de Decisão na Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Orientador-Presidente/UFPR), Sérgio Cruz Arenhart (UFPR), Vera Karam de Chueiri (UFPR), Daniel Francisco Mitidiero (UFRGS) e Luiz Rodrigues Wambier (Unipar) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pela doutoranda, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador argüirá a doutoranda, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a argüição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, a doutoranda foi argüida sucessivamente pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Vera Karam de Chueiri, Daniel Francisco Mitidiero e Luiz Rodrigues Wambier. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, 10,00 (dez inteiros), Sérgio Cruz Arenhart, 10,00 (dez inteiros), Vera Karam de Chueiri, 10,00 (dez inteiros), Daniel Francisco Mitidiero, 10,00 (dez inteiros), Luiz Rodrigues Wambier, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Danielle Batistela Moreira, Administradora, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



## PARECER


A Comissão Julgadora da Tese apresentada pela doutoranda **Paula Pessoa Pereira**, sob o título **Supermaioria Como Regra de Decisão na Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal**, após arguir a candidata e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

  
Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof.ª Dr.ª Vera Karam de Chueiri - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero - 10,00 (dez inteiros)

  
Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito à candidata Paula Pessoa Pereira**.

É o parecer.

Curitiba, 29 de novembro de 2017.





## AGRADECIMENTOS

O curso de doutorado é um empreendimento essencialmente coletivo. Se, por um lado, a pesquisa científica demanda horas de estudo e escrita solitários, de outro, requer muita discussão em conjunto nas salas de aula, nos grupos de pesquisa ou nos cafés diários que tomam conta dessa jornada acadêmica. O resultado das ideias e argumentos que se desenvolve e defende aqui é a somatória de todas essas deliberações fracionadas.

A redação da tese é, portanto, uma parte de todo o processo que envolve o doutorado, ainda mais no ambiente acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que exige muita atividade curricular; por isso, esses agradecimentos começam por esta instituição.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, em especial à Faculdade de Direito, minha “casa acadêmica”, que escolhi para poder desenvolver meus estudos na ciência do direito processual. Quando escolhi essa casa, assim o fiz porque admirava, respeitava e era uma entusiasta da forma como o direito processual era visto, percebido e estudado. As pesquisas não se voltavam apenas para as técnicas e procedimentos do Código de Processo Civil, mas iam além da aparente verdade técnica ao questionar as justificações dessas “formas”, uma vez que elas não têm sentido em si mesmas e servem a um propósito maior: o da efetividade e realização da tutela dos direitos.

Foi esse o vetor interpretativo, carregado de sensibilidade no estudo normativo a partir da realidade social e dos problemas complexos que circundam a jurisdição brasileira, da agenda de pesquisa desenvolvida pelo grupo de processo civil liderado pelo Professor Luiz Guilherme Marinoni, meu orientador. A liderança da equipe dedicada ao estudo do processo civil, alcunhada no mundo externo à UFPR, com muito orgulho, como “escola publicista do direito processual civil brasileiro”, foi compartilhada com a energia, o entusiasmo e a confiança do Professor Sergio Cruz Arenhart.

Feita essa digressão, retomo o agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Se, a princípio, escolhi esta instituição pelas qualidades e objetivos apresentados pelo Núcleo de Direito Processual Civil, fui positivamente surpreendida por todo o seu contexto acadêmico. A formação curricular do Programa de Pós-Graduação é sempre muito criticada por nós alunos e pelos Professores por ser extensa e exigir, muitas vezes, a participação em disciplinas que não se relacionam imediatamente com nosso objeto de estudo e linha de pesquisa. Mas, em razão dessa estrutura curricular, para minha “sorte”, tive a oportunidade de conhecer professores exemplares, dedicados e comprometidos com o

desenvolvimento do direito a partir de suas várias abordagens. Na verdade, foi essa estrutura que me possibilitou ampliar as dimensões do estudo interdisciplinar do direito processual.

Esse cenário me apresentou o objeto desta tese. A empreitada aqui desenvolvida não teria sido percebida e compreendida sem os diálogos formados com o Professor Fabrício Tomio, na disciplina de Direito do Estado, a partir de uma perspectiva da ciência política, e com o Professor César Antonio Serbena, nas disciplinas de Teoria do Direito e Filosofia do Direito, diálogo este que começou no mestrado e, desde então, encontrou um caminho de contínua progressão. Como estudar o direito processual, notadamente o problema da teoria da decisão judicial e função das Cortes Supremas, sem o aporte da teoria da interpretação e aplicação do Direito? As respostas às questões “para quê?” e “por quê?”, que circundam a temática das Cortes Supremas na nossa organização judiciária, necessariamente passam por esse intercâmbio.

O diálogo com a Professora Vera Karam de Chueiri na disciplina de Direito Constitucional me presenteou um novo mundo: o do constitucionalismo e o da democracia e suas questões fundamentais e entrelaçadas, dentre as quais aquelas relacionadas ao processo decisório interno das cortes constitucionais. A interlocução não se restringiu à disciplina, ao contrário, intensificou-se com as atividades do núcleo de pesquisa “Constitucionalismo e Democracia”, liderado pelas Professoras Vera Karam de Chueiri e Katia Kozicki, e formado por pessoas sensacionais. Todos os encontros e deliberações do núcleo, dos congressos e dos cafés foram essenciais para o desenvolvimento das ideias e argumentos aqui apresentados.

A todos esses Professores e todos os demais que integram o corpo docente da UFPR, como os Professores Egon Bockman Moreira, Eduardo Talamini e Ricardo Marcelo Fonseca, porque de alguma forma o conhecimento é sempre obtido nas conversas mais informais, e ao Programa de Pós-Graduação, minha sincera gratidão pela oportunidade de aprender um pouco mais e, assim, desconstruir meu mundo anterior.

Mas não foram somente os Professores que fizeram diferença, também o corpo discente que, com certeza, fez e faz a diferença de qualquer Programa de Pós-Graduação. Os cafés, que foram muitos, as aulas, os encontros dos núcleos e todas as oportunidades que me permitiram estar junto dos meus colegas possibilitaram meu amadurecimento e desenvolvimento como pesquisadora e pessoa.

Seria injusto nomear todos e todas que influenciaram o meu caminho, mas preciso fazer menção nominal de alguns, afinal é um princípio republicano e cumpre o real dever de justificação. Agradeço assim a Juliana Pondé Fonseca, Ricardo Alexandre da Silva, Marcella



Pereira Ferraro e Luiz Henrique Krassuski, amigos que o mestrado e o processo civil me deram, para sempre os *big five*.

A jornada não teria sido tão sensacional e rica sem a companhia de Melanie Andrade, Edna Camara, Thiago Hoshino, Fernando Andreoni, Simone Trento, Renê Chiquetti Rodrigues, Leandro Rutano, Maurício do Valle, Priscila Barbosa, Thais Lunardi, Fernanda Fujiwara, Bruno Zaroni, Frederico Gomes, Rogéria Dotti, William Soares e Silvia Araki.

Aos constitucionalistas mais democráticos e deliberativistas, que exalam entusiasmo e alegria nos seus propósitos, Miguel Gualano Godoy e José Arthur Castillo. Ao Miguel um agradecimento especial por ter, desde o primeiro momento em que falei do projeto desta tese, apoiado-me incondicionalmente.

No decorrer da fase de levantamento bibliográfico desta tese, fase que foi, na verdade, uma constante em todas as outras, tive a oportunidade de estudar em instituições universitárias que me ajudaram na coleta do material. Agradeço assim especificamente aos bibliotecários e técnicos da biblioteca do Supremo Tribunal Federal pelo suporte na coleta do material sobre o Direito brasileiro. Agradeço à biblioteca do *European University Institute*, sediado em Florença, pela acolhida no mês de janeiro de 2017 e por todo o suporte necessário para o desenvolvimento de uma ampla pesquisa bibliográfica, lugar mágico e de grande inspiração. Sou muito grata, ainda, à *Harvard Library Law School* pela igual acolhida no mês de agosto deste ano, oportunidade na qual pude finalizar o estudo da literatura comparada. Por fim, e, com mais razão, agradeço à equipe técnica da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, representada pela competente e carinhosa Paula Carina, por sua pronta disponibilidade e ajuda na busca dos mais difíceis materiais.

A todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação da UFPR meus sinceros agradecimentos pela dedicação com que desenvolvem o trabalho e pela paciência em atender aos mais diversos pedidos de ajuda.

Aos amigos e colegas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em especial à Desembargadora Claudia Pereira e à Carolina Kasprzak, agradeço a alegria e companhia do cotidiano do trabalho, bem como a compreensão nas ausências sempre justificadas por motivos acadêmicos.

À Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, agradeço pela confiança, diálogo, inspiração e incentivo na conclusão dessa jornada, apoio sem o qual não teria sido possível o aperfeiçoamento das pesquisas e a redação desta tese. Agradecimento que estendo a toda equipe do gabinete, pela compreensão e pelo acolhimento.

Aos que chegaram na reta final desse período do doutorado, mas que se fizeram importantes no meu caminho, compartilhando as angústias, ansiedades e deliberações da jornada diária que é o Supremo Tribunal Federal, dividindo momentos de alegria nos bons cafés e compartilhando, sobretudo, aprendizado nos diálogos e deliberações desenvolvidos nos bastidores, um ambiente nosso marcado pela *colegiidade*, agradeço a Patrícia Perrone Campos Mello, Alonso Freire, Andrea Magalhães, Pedro Felipe, Rodrigo Lobo Canalli, Raquel Alves, Roberto Dalledone e Estêvão Gomes, assessores da Suprema Corte brasileira que se dedicam diuturnamente ao compromisso com uma jurisdição constitucional aplicada.

Aos amigos *imigrantes* Daniela Moraes e Benedito Cerezzo, agradeço a amizade e a companhia no período tão difícil que foi a adaptação à querida Brasília.

Aos amigos Luiz Henrique Krassuski, Letticia de Pauli Schaitza, Marcella Ferraro e Daniela Moraes, minha gratidão pela correção e diálogo na redação da tese, indispensáveis para o aperfeiçoamento dos argumentos e do próprio trabalho.

Ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, agradeço pela liberdade e confiança na orientação desta tese, por ser o exemplo de que é possível mudar a realidade normativa e social por meio do estudo do Direito e pelo apoio na pesquisa científica e acadêmica. Ao Professor Sergio Arenhart, pela paciência, parceria e generosidade na sua pronta disponibilidade para todos os meus momentos de angústia e ansiedade, obrigada binho! Ao Professor Pasquale Pasquino da *New York University*, agradeço a generosidade do diálogo, as indicações bibliográficas e de pesquisa, e as questões que me fizeram reconstruir alguns argumentos e ideias desta tese.

Aos Professores Daniel Mitidiero, Luiz Rodrigues Wambier, Sergio Arenhart e à Prof<sup>a</sup> Vera Chueiri, agradeço a gentileza de terem aceitado o convite para compor a banca de avaliação desta tese de doutorado.

À minha família, agradeço pelo apoio e amor incondicional aos meus projetos, ainda que eles me afastem da convivência diária e da presença constante. Sempre juntos ainda que distantes.

Desde sempre e permanentemente grata a Deus por me apresentar meus melhores propósitos nas pessoas colocadas no meu caminho!

*“Other aspects of procedure, however, are less well understood. Procedural law is not just about techniques - methods to regulate the business of courts. Procedural law, in the first place, details the role of government, through public courts, in settling disputes, creating new substantive rules and policies, and implementing policies through law. Important public policies are at stake in decisions about when to encourage parties to litigate, how to shape their factual and legal claims, and whether to promote a strictly legal resolution as opposed to a negotiated settlement. How much law regulates social behavior depends in large part on how the machinery of justice is constructed”.*

(CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Introduction – Policies, trends and ideas in civil procedure. In: CAPPELLETTI, Mauro. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XVI (civil procedure). Tübingen: Mohr, 1987, p. 2).

## RESUMO

O sistema democrático consensual e constitucional realiza-se por meio de diferentes regras e instituições e tem como objetivo compartilhar a responsabilidade política entre os poderes do Estado, em busca da ampla participação e diálogo interinstitucional. Considerada esta premissa, esta tese analisa o processo decisório interno das Cortes Supremas, especificamente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e o seu protocolo de votação, questionando a compatibilidade da democracia consensual e do compromisso constitucional com o supermajoritarismo decisório com a regra da maioria (absoluta e relativa) como técnica de resolução da tomada de decisão coletiva nas ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e no recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Reconhece-se que a falta de debate acerca das regras internas e das variáveis práticas de deliberação das Supremas Cortes pode comprometer sua legitimidade quando, por exemplo, a decisão sobre problemas constitucionais e a definição da interpretação dos textos normativos, por meio da criação de precedentes judiciais, em favor dos quais recai a presunção de constitucionalidade e de estabilidade, respectivamente, é tomada por maioria estreita de diferença de um voto, como 6 a 5. Conclui-se que em espaços decisórios em que a deliberação se coloca como método de alcance de um maior consenso e onde a votação é sobre preferências, como a preferência pelo *status quo*, decorrente da presunção de constitucionalidade das normas e da preferência pela estabilidade normativa jurisdicional, a regra de supermaioria apresenta vantagens em face da regra majoritária (absoluta ou relativa). Propõe-se, portanto, a partir do compromisso com o constitucionalismo e da discussão entre as razões que justificam as regras de julgamento, novo desenho institucional de votação para o processo decisório do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de controle concentrado e da repercussão geral em recurso extraordinário, com a adoção da regra supermaioria de dois terços dos membros do Tribunal.

Palavras-chave: Democracia consensual. Constitucionalismo. Técnicas decisórias. Regra majoritária. Regra de supermaioria. Supremo Tribunal Federal.



## ABSTRACT

The consensual democratic system and the constitutionalism is carried out through different rules and institutions and aims to share political responsibility among government powers through the promotion of broad participation and inter-institutional dialogue. In view of this, this thesis analyzes the internal decision-making process of the Supreme Courts, especially the Brazilian Federal Supreme Court, and its voting protocols, questioning the compatibility of consensual democracies with the majority rule (absolute or relative) as a technique for solving collective decision-making of concentrated and abstract control of constitutionality actions and extraordinary appeals with recognized general repercussion. It is acknowledged that the lack of debate about the internal rules and the practical variables of the courts' deliberation may compromise their legitimacy when, for example, it deliberates by a narrow majority (6/5) about constitutional interpretation and precedents in favor of which there is reasonable doubt and constitutionality presumption. It is concluded that in decision-making processes in which deliberation is a method of achieving greater consensus and voting is about preferences, such as the preference for *status quo*, resulting from the presumption of constitutionality of the legislative process rules, and for stability of the precedents, the supermajority rule presents advantages when compared to the majority rule. Therefore, a new institutional design is proposed for the decision-making process of the Brazilian Federal Supreme Court in the concentrated and abstract control of constitutionality actions and the extraordinary appeals with recognized general repercussion, which is the adoption of a two-third majority decision-making protocol by the members of the Supreme Court.

Keywords: Consensual democracy. Constitutionalism. Decision-making techniques. Majority rule. Supermajority rule. Brazilina Supreme Court.

## RIASSUNTO

Il sistema democratico consensuale e costituzionale si svolge attraverso diverse regole e istituzioni e mira a condividere la responsabilità politica tra poteri governativi attraverso lo sviluppo di un'ampia partecipazione e di un dialogo interistituzionale. Tenendo questo in vista, questa tesi analizza il processo decisionale interno delle Corti Supreme, in particolare la Corte Suprema brasiliana, e il modo in cui votano i giudici, mettendo in discussione la compatibilità tra la democrazia consensuale e la regola della maggioranza, come tecnica di un processo decisionale collettivo nelle azioni di controllo concentrato e astratto di costituzionalità e negli appelli straordinari con ripercussione generale riconosciuta. Si riconosce che la mancanza di dibattito sulle regole e le variabili decisionali pratiche interne dei tribunali possono minare la loro legittimità quando, per esempio, la Corte delibera con una maggioranza stretta (6/5) su interpretazione costituzionale e precedenti a favore delle quale pesa ragionevoli dubbi e presunzione di costituzionalità e stabilità. Si conclude che negli spazi decisionali negli quali la risoluzione si pone come metodo di scelta di maggiore consenso e dove il voto è sulle preferenze, come, ad esempio, sulla preferenza dello status quo, derivante dalla presunzione di costituzionalità delle regole risultati del processo legislativo, e della stabilità, la regola di supermajorità presenta vantaggi rispetto alla regola di maggioranza. Quindi si propone un nuovo quadro istituzionale per il processo decisionale della Corte Suprema brasiliana nelle azioni di controllo concentrato e nel ricorso straordinario con ripercussione generale: l'adozione della regola di supermaggioranza (2/3) per i membri del Tribunale.

Parole chiavi: Democrazia consensuale. Costituzionalismo. Tecniche decisionali. Regola di maggioranza. Supermaggioranza. Corte Suprema brasiliana.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
 <b>1 DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS: COMPARTILHANDO RESPONSABILIDADE E PODER.....</b>	 <b>22</b>
1.1 Democracia consensual <i>versus</i> democracia majoritária: modelos de democracia por Arend Lijphart.....	26
1.2. Regra da maioria na teoria e na prática.....	30
1.2.1 Sistemas eleitorais: maiorias ordinárias versus representação proporcional.....	30
1.2.2 Democracia consensual: uma análise das variáveis “rigidez da Constituição” e “controle de constitucionalidade”.....	35
1.2.3 Em termos de política e eficiência do governo, o modelo de democracia faz diferença?.....	43
1.3 Exclusão do controle de constitucionalidade como justificação da democracia majoritária.....	46
1.4 Debilidades na democracia consensual: reflexões sobre o processo decisório no parlamento e nas cortes constitucionais.....	57
 <b>2 JUSTIFICAÇÕES NORMATIVAS NA TEORIA E PRÁTICA DAS MAIORIAS COMO REGRA DE DECISÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....</b>	 <b>62</b>
2.1 Mecanismos de tomada de decisão coletiva.....	62
2.2 Maiorias como regra de decisão coletiva: discussões a partir de Hans Kelsen e Samuel Pufendorf.....	65
2.2.1 Regra da maioria por Hans Kelsen: argumento da liberdade e da igualdade políticas.....	65
2.2.2 Regra da maioria por Samuel Pufendorf: argumento da igualdade.....	77
2.3 Supermaioria como regra de decisão na arquitetura constitucional: uma justificação normativa.....	82
2.4 Constituição, supermaioria e democracia consensual.....	97
 <b>3 CONFIGURANDO REGRAS DE DECISÃO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	 <b>103</b>
3.1 Decidindo nas Cortes constitucionais: uma questão de decisão institucional e não de mera opinião.....	103
3.2 Razões a favor da regra supermajoritária.....	112
3.2.1 Constrangendo o julgamento colegiado: deliberação, razão e compromisso.....	112
3.2.2 Supermaioria como resposta estrutural para a tutela do precedente judicial e a estabilidade decisória.....	117

3.2.3 Promoção do diálogo interinstitucional.....	118
3.2.4 Simetria procedimental para o processo decisório jurisdicional.....	120
3.2.5 Presunção de constitucionalidade e “dúvida razoável”: deferência ao legislador?.....	121
3.3 Objeções à regra da supermaioria.....	123
3.3.1 Minoría como maioria no poder decisório.....	123
3.3.2 Custos decisórios internos e externos.....	125
 <b>4 SUPERMAIORIA COMO REGRA DECISÓRIA JURISDICIONAL: UMA DISCUSSÃO CONHECIDA NA HISTÓRIA LEGISLATIVA.....</b>	 127
4.1 Constitucionalismo norte-americano e a regra supermajoritária como proposta para a Suprema Corte.....	127
4.2 Constitucionalismo brasileiro e a regra supermajoritária como proposta para o Supremo Tribunal Federal.....	138
4.2.1 Discussão no espaço legislativo.....	138
4.2.2 Discussão no campo doutrinário.....	157
 <b>5 SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROPOSTA DE UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL.....</b>	 164
5.1 Estrutura decisória da Constituição Federal: supermaioria + maiorías.....	164
5.1.1 Estrutura decisória no Poder Legislativo.....	165
5.1.2 Estrutura decisória no sistema eleitoral.....	169
5.1.3 Estrutura decisória no Poder Judiciário.....	170
5.1.4 Mecanismos de tomada de decisões do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade.....	172
5.2 Uma justificação coerente e adequada do quadro normativo decisório constitucional com o compromisso supermajoritário e a democracia consensual.....	174
5.3 Maioría absoluta para o controle difuso e incidental x supermaioría para o controle concentrado e abstrato: leitura coerente dos contextos decisórios da jurisdição constitucional.....	178
5.4 Análise das decisões e a insuficiência do quadro normativo decisório jurisdicional....	184
5.4.1 Decisões tomadas por maioria estreita: um aceno para a fragilidade decisória.....	185
5.4.2 Decisões tomadas por maioria qualificada ou por unanimidade.....	197
5.5 Formas de implementação da regra de decisão supermajoritária no Supremo Tribunal Federal.....	203
 <b>CONCLUSÃO.....</b>	 206
 <b>REFERÊNCIAS.....</b>	 209



## INTRODUÇÃO

O objeto de investigação desta tese diz respeito à teoria e prática da maioria como regra de decidir na jurisdição constitucional brasileira exercida perante o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, consideram-se como espaço da prática da regra majoritária, apenas os processos decisórios desenvolvidos no âmbito da competência constitucional, os quais consistem nas ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e do controle difuso e incidental, por meio do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Esses processos decisórios foram escolhidos como objeto da investigação aqui empreendida porque o exercício da função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Suprema, cuja atribuição reside na tarefa de definição da interpretação jurídica e criação de precedentes judiciais, e enquanto Corte Constitucional, cuja atividade consiste no controle da validade dos atos normativos e na tutela dos direitos fundamentais, exige uma disciplina jurídica e desenho institucional próprio. Esse exercício é distinto daquele que informa a atuação do Supremo Tribunal Federal no desempenho de sua atividade jurisdicional originária e recursal, na concepção de Corte de correção voltada ao caso concreto.

A literatura constitucional sempre esteve voltada para dois problemas principais: a justificação dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional. A teoria dos direitos fundamentais foi amplamente discutida e desenvolvida, tendo recebido contribuições das mais variadas áreas do Direito, desde a dogmática constitucional alemã até a jurisprudência dos tribunais internacionais, notadamente da Corte Europeia dos Direitos Humanos, passando pelos aportes teóricos da Filosofia do Direito, que, para além de uma teoria geral dos direitos fundamentais, adentrou na prática do que os tribunais fazem na atividade de interpretação e aplicação desses direitos, a fim de oferecer uma conta adequada do processo argumentativo da decisão jurisdicional.

De outro lado, a legitimidade da atuação de uma instituição contramajoritária e de perfil técnico especializado, que tem por finalidade principal controlar a validade constitucional de atos normativos, resultado de processos decisórios político-majoritários identificados pela representatividade e autoridade popular, bem como tutelar os direitos fundamentais, foi amplamente discutida pela dogmática constitucional, filosófica (política e jurídica) e processual.

Em face desse cenário, o problema de *como* funciona o processo de construção interpretativa e aplicação da Constituição recebeu menos atenção e é objeto de discussões ainda opacas pela literatura jurídica constitucional e processual. Esse vácuo dogmático demonstra a

insuficiência no tratamento teórico e normativo do desenho institucional decisório, o que prejudica a compreensão adequada do processo deliberativo como instrumento útil para a realidade jurisdicional.

A jurisdição constitucional é justificada como mecanismo contramajoritário para tomar decisões sobre questões que os cidadãos consideram de extrema importância para a justiça e os direitos fundamentais. Nossa prática de delegar certas matérias e problemas para as Cortes constitucionais tomarem a decisão final, ao menos no nível processual, reflete uma desconfiança do processo decisório democrático desenvolvido na arena política. No entanto, essa desconfiança, bem vistas as coisas, está nas instituições e não na regra de decisão majoritária, uma vez que esta regra é igualmente adotada no desenho institucional decisório escolhido para a jurisdição constitucional, na resolução dos desacordos surgidos na interpretação constitucional.

Os defensores do controle de constitucionalidade, muitas vezes, argumentam a seu favor o potencial deliberativo dos tribunais e o seu papel como representantes da construção da “razão pública”. Por outro lado, os críticos do controle de constitucionalidade alegam que a deliberação nos tribunais, como regra, é deficitária e insuficiente para justificar o seu caráter contramajoritário, além de adotarem como mecanismo de tomada de decisão coletiva a regra majoritária, equivalendo-se, na dimensão procedimental, ao espaço das assembleias políticas, que têm por competência institucional controlar e limitar.

Os argumentos sustentados pelos críticos da jurisdição constitucional têm pertinência e são válidos, de modo que as deficiências quantitativas e qualitativas nas discussões acerca das regras internas que conformam o processo deliberativo e decisório dos tribunais trazem sérios inconvenientes para a legitimidade e autoridade dos tribunais constitucionais.

No contexto jurídico contemporâneo, em que as Cortes Supremas constitucionais assumem o papel de atores políticos no jogo institucional, com repercussão na atividade de produção e estabilização do Direito, em atividade de compartilhamento de autoridade com o legislativo,<sup>1</sup> fica evidente que a forma de deliberação e resolução dos conflitos intracorte, por meio da técnica de votação, assume importância. Isso porque o processo decisório deve ser desenhado de forma adequada às finalidades prometidas pelo direito constitucional, com o

---

<sup>1</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014; PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

objetivo de constranger as atividades dos tribunais em direção aos compromissos que os justificam.<sup>2</sup>

O Direito e as instituições são obedecidos, enquanto fontes de autoridade e regulação do comportamento da sociedade, não porque são considerados *bons*, mas por causa do procedimento adotado, que se entende ser apropriado para o exercício da função de imposição de limites aos indivíduos e à democracia majoritária. Melhor explicando: obedece-se e respeita-se a autoridade das instituições porque o procedimento que as legitima se apresenta racional e, portanto, aceitável.

O real problema não está na função exercida pelo Supremo Tribunal Federal, seja na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais, seja na perspectiva da função contramajoritária, uma vez que o exercício da jurisdição constitucional brasileira não difere, desde uma perspectiva comparada, do que fazem outras Cortes Supremas e/ou constitucionais.<sup>3</sup>

Estabelecidas essas premissas descritivas da realidade jurisdicional contemporânea, verifica-se certo desequilíbrio na agenda de pesquisa sobre a jurisdição constitucional brasileira. Desproporção identificada com os novos aportes teóricos fornecidos pela literatura jurídica nacional e comparada, concernente às práticas internas do processo decisório dos tribunais constitucionais, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de destacar o problema, até muito recentemente não considerado como tal, e oferecer propostas normativas de como deve ser a deliberação interna dessa Corte.<sup>4</sup>

Nada obstante, dentro desse campo do processo decisório interno da jurisdição constitucional, algumas questões ainda permanecem pouco discutidas. Contexto teórico que explica a escolha do objeto de pesquisa desta tese: qual mecanismo de tomada de decisão coletiva ou qual regra de julgamento se apresenta adequado e justificado no quadro normativo da jurisdição constitucional brasileira?

A questão do processo decisório interno das Cortes Supremas e do protocolo de votação, conquanto não seja objeto de frequente discussão teórica, e mesmo prática, é referida de forma

---

<sup>2</sup> HIRSCHL, Ran. The “Design Sciences” and Constitutional “Success”. *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1340-1374.

<sup>3</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>4</sup> FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards a institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Amsterdã: Springer, 2003; MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

tangente na literatura jurídica, seja na perspectiva da dogmática constitucional<sup>5</sup>, seja na abordagem da filosofia jurídica, que percebe tal problema.<sup>6</sup> Por outro lado, a maioria como técnica de tomada de decisão coletiva sempre foi objeto de investigação e discussão no âmbito da ciência política e de outros contextos decisórios coletivos.<sup>7</sup>

Os resultados das pesquisas empreendidas na área da ciência política cabem perfeitamente no estudo das decisões coletivas tomadas pelos tribunais constitucionais. Isso porque o que pode ser afirmado a propósito de um tribunal coletivo pode ser afirmado em relação a qualquer assembleia deliberativa, conforme crítica proposta por Jeremy Waldron.<sup>8</sup>

Dentro desse quadro normativo, as seguintes perguntas são feitas: como justificar a prática da regra da maioria na deliberação judicial colegiada? Por que se decide por uma maioria estreita? Essa regra de decisão é compatível com os propósitos esperados do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Suprema constitucional? O desenho constitucional fornece elementos necessários para questionar a regra da maioria absoluta? Os argumentos que justificam a regra de maioria como decisão na arena político-majoritária podem ser invocados no espaço jurisdicional? Os argumentos a favor da democracia são os mesmos que militam a favor do constitucionalismo? Por que decidir por maioria simples ou absoluta e não por maioria qualificada, supermajoritária? O desenho institucional influencia o cumprimento da função constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal?

As razões acima desenvolvidas revelam um quadro normativo e teórico insuficiente acerca do tratamento da questão da maioria como regra de decisão na jurisdição constitucional brasileira. Esse contexto animou a empreitada assumida nesta tese, de avançar na pesquisa sobre como os tribunais constitucionais devem decidir, por conseguinte, criar direitos, e oferecer novas ideias para a construção de um quadro teórico e experiência institucional que aborde o quebra-cabeça do processo decisório interno do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Nesse sentido, a presente tese tem por objetivo propor um *novo desenho institucional para o processo decisório do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado e*

---

<sup>5</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 29; WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? **Yale Law Journal**, vol. 123, p. 1692-1730, 2014.

<sup>6</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 222; SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p.179-187.

<sup>7</sup> ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014; GUTIERREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.) **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

<sup>8</sup> WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C (Eds.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. (tradução de Marcelo Alegre e Paola Bergallo). Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 249-267.



*nas decisões tomadas em repercussão geral em recurso extraordinário, com a adoção da regra de julgamento supermajoritária de dois terços dos membros do Tribunal*, a partir do quadro normativo da democracia consensual e do constitucionalismo comprometidos com processos decisórios supermajoritários.

Para alcançar a finalidade proposta na tese, estruturou-se o trabalho em cinco capítulos. No primeiro, expõe-se a teoria da democracia consensual, tal como proposta por Arend Lijphart, como resultado da empreitada de análise empírica que realizou do estudo de 36 democracias. A escolha deste marco teórico da democracia deu-se em razão da abordagem escolhida nesta tese, voltada para a análise dos processos decisórios que conformam a democracia. Busca-se demonstrar a compatibilidade e coordenação da jurisdição constitucional e dos tribunais constitucionais como instituições integrantes do modelo de democracia consensual, que se fundamenta na formatação decisória horizontal de compartilhamento de poder e responsabilidade entre diversas instituições, como técnica de aperfeiçoamento e eficiência das decisões governamentais.

Nesse sentido, pretende-se afirmar o caráter democrático da jurisdição constitucional e dos tribunais constitucionais, não obstante contramajoritário, contrapondo os argumentos defendidos pelas teorias críticas com uma teoria, fundamentada em resultados empíricos.

No segundo capítulo, cuida-se de estabelecer as justificações normativas na teoria e na prática das maiorias como regras de decisão na democracia constitucional. O objetivo é estabelecer as bases teóricas que permitem compreender os diversos mecanismos de tomada de decisão coletiva, que, na democracia constitucional, assumem feição na maioria simples, na maioria absoluta, na maioria qualificada e na unanimidade.

No terceiro capítulo, pretende-se, partindo da concepção das Cortes Supremas constitucionais como órgãos jurisdicionais vocacionados para a definição da interpretação jurídica, por meio da criação de precedentes judiciais, bem como voltados para a tutela da Constituição, justificar a regra de decisão supermajoritária como a mais adequada para esse contexto. Para tanto, examinam-se tanto as razões normativas a favor dessa regra como as objeções arguidas, como método de comparação e demonstração da validade do desenho institucional escolhido.

No quarto capítulo, busca-se demonstrar que a proposta do protocolo de votação supermajoritário para as decisões de uma suprema corte constitucional, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, não é uma ideia nova no espaço de discussão legislativa, não obstante o silêncio da doutrina constitucional e processual sobre o problema da justificação

necessária, para a configuração de regras de decisão a partir das propriedades e propósitos que informam cada contexto decisório coletivo de um Estado.

Assim, procura-se analisar nos debates constituintes desenvolvidos na Assembleia Constituinte de 1933-1934, bem como nos trabalhos levados a cabo pela Comissão do Itamaraty, responsável pela elaboração do anteprojeto constitucional, as propostas de regras de decisão discutidas para o Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, regulamentou-as expressamente no texto constitucional, pelo menos a regra de julgamento. Essa análise mostra como a regra de maioria absoluta escolhida para os julgamentos de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não é uma resposta tão óbvia e acabada para o problema, porque na mesa dos debates legislativos estava o mecanismo de tomada de decisão coletiva de maioria qualificada por dois terços.

Esse contexto brasileiro de debate sobre as regras de decisão, à época, foi influenciado pela realidade jurídica e política norte-americana, que, igualmente, no campo da arena legislativa, houvera deliberado, por diversas vezes, propostas de protocolo de votação por supermaioria para a Suprema Corte americana. Propostas que são trazidas no contexto argumentativo do capítulo.

No quinto capítulo, demonstrada a viabilidade institucional da proposta de tese afirmada neste trabalho, pretende-se aplicar o aporte teórico da democracia consensual e do quadro normativo constitucional supermajoritário ao contexto da estrutura decisória da Constituição Federal, como passo necessário para justificar, teórica e normativamente, a regra de supermaioria para o contexto decisório do Supremo Tribunal Federal. Examina-se, assim, a estrutura decisória na arquitetura textual da Constituição, identificando-se, nos contextos decisórios do Poder Legislativo, do sistema eleitoral e do Poder Judiciário, as variadas configurações de regras de decisão, como método de se encontrarem as razões e propriedades comuns para a escolha da regra de maioria simples, de maioria absoluta e de maioria qualificada.

Nesse cenário, no quinto capítulo apresenta-se uma justificação coerente e adequada do quadro normativo decisório constitucional com o compromisso supermajoritário e a democracia consensual para o contexto do Poder Judiciário, e, mais especificamente, para o Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Para tanto, diferenciam-se as diversas tomadas de decisão coletiva que incumbem ao STF, a fim de configurar as regras de decisão, de acordo com as propriedades e justificações de cada qual.

Como método de verificação da força argumentativa da proposta de tese, examinam-se, de forma exemplificativa, algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto por

maioria estreita como por maioria qualificada. Ao final, defendem-se as formas de implementação da tese na realidade normativa constitucional e na jurisdição constitucional.

Essa tese tem por objetivo oferecer uma nova experimentação institucional que reforce de forma adequada o processo decisório do Supremo Tribunal Federal, a fim de que este tenha autoridade e institucionalidade necessárias e suficientes para bem desempenhar o exercício da jurisdição constitucional, com condições materiais e força imaterial política e social para impor suas decisões judiciais.

Como afirmou Dieter Grimm sobre a autoridade e a força imaterial das decisões tomadas pela corte constitucional alemã, mesmo nos casos de maior confronto com a política-majoritária:

I was on the court in the times of the major changes in the world after 1989-1990. Delegation after delegation from the former socialist countries and other countries like South Africa came to the German Constitutional Court. First, the parliamentary delegations who drafted new constitutions, then the newly elected Constitutional Courts. And they had a lot of questions, but one question was asked by every delegation: {How do you arrive at a situation where politicians comply with the Constitution and with the rulings of the Constitutional Court even if they are in total disagreement with that?} This question is difficult to answer; my answer was {Always They will do it when disobeying becomes too costly. And disobeying by a society who trusts the Court and backs the Court}. Happily enough, this was the case in Germany and it still more or less the case. Things can change very soon, one can never rely that things remain as they are. But this was my most importante answer.<sup>9</sup>

Nessa linha, insere-se a proposta normativa da presente tese. Não há que se conformar com o desenho institucional que hoje se adota como se fosse uma regra óbvia, não passível de problematização ou de modificação.

---

<sup>9</sup> PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009, p. 56-57.

## 1 DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS: COMPARTILHANDO RESPONSABILIDADE E PODER

A justificativa teórica de que o controle jurisdicional de constitucionalidade é uma instituição essencialmente antidemocrática é válida? Em quais dimensões ou a partir de quais contextos e experiências de democracias pode-se sustentar a validade de tal argumento?

Uma análise mais detida no desenho institucional das democracias contemporâneas, experimentadas por diversos países que integram tanto a categoria das nações industrializadas como as em desenvolvimento, sejam elas ocidentais ou não, permite-nos verificar que o modelo de governo democrático se realiza por meio de diferentes regras e instituições de organização e funcionamento, as quais não impõem uma configuração única de democracia com fundamento na regra majoritária.

Os sistemas democráticos diferenciam-se por suas particularidades institucionais, como sistema de partido; procedimentos de votação de eleições; sistema de governo ou de representação legislativa (parlamentar); relações entre os poderes Legislativo e Executivo; sistemas de grupos de interesse pluralistas contra sistemas coordenados e corporativistas; federalismo e descentralização; existência de constituições rígidas; existência e função de cortes constitucionais ou supremas; presença de banco central independente ou agência autônoma governamental e comprometimento com a ampla maioria ou com a maioria estreita.

A reunião dessas variáveis institucionais e a observação no tempo de como estas funcionam e respondem aos processos decisórios democráticos fornecem dados empíricos relevantes para a construção de um arcabouço teórico sobre os modelos de democracia experimentados, a partir da identificação e distinção dessas regras e instituições.

Essa empreitada científica foi realizada por Arend Lijphart e resultou no livro *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*.<sup>10</sup> O objetivo dessa

---

<sup>10</sup> O livro **Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries**. New Haven: Yale university Press, 1999, é uma segunda versão modificada do livro **Democracies: patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries**), publicado em 1984, o qual teve como propósito um estudo comparativo de 21 democracias durante o período de 1945 a 1980. Arend Lijphart argumenta que o livro **Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries**, objeto de análise neste capítulo, não é necessariamente uma segunda edição do outro livro, com base em atualização e revisão de dados e conclusões, mas sim uma nova pesquisa, na medida em que acrescentou mais 15 países na análise comparada, bem como novas operacionalizações e variáveis para a observação do desenvolvimento destes países. Acresceu, ainda, outro período temporal, compreendido entre 1980 até meados do ano 1996. Afirma que esses fatos contribuíram para o aperfeiçoamento da pesquisa e para o refinamento do mapa conceitual bidimensional das democracias. Ainda quanto ao ponto, cumpre esclarecer que se estuda aqui a 1ª edição, publicada em 1999. Isso porque, em 2012, Arend Lijphart lançou a segunda edição desse livro, atualizada com alguns dados, mas sem modificações substantivas, com a confirmação das conclusões obtidas na pesquisa da primeira edição do livro. Nessa nova edição, como afirmado pelo autor no prefácio, não houve alteração na estrutura fundamental da pesquisa quanto



investigação foi o de elaborar uma análise comparada, em virtude da constatação da existência de poucas tentativas na literatura da ciência política interessadas em reunir aquelas regras e instituições, e observar os padrões de comportamento produzidos ao longo do tempo, com o fim de identificar os diferentes tipos de sistemas democráticos, os quais foram categorizados em dois modelos dicotômicos: o modelo de democracia majoritária e o modelo de democracia consensual.<sup>11</sup>

O método de pesquisa utilizado por Lijphart foi o da análise comparada dos sistemas políticos de trinta e seis países democráticos no período compreendido entre 1945 até meados de 1996.<sup>12</sup> Essa investigação forneceu-lhe os dados para a construção do mapeamento das diferenças e semelhanças que compõem as estruturas e instituições de governo, as quais foram classificadas como variáveis necessárias para a colocação de cada país em determinado modelo.

Para a proposição de um mapa conceitual bidimensional dos dois modelos de democracia, Lijphart identifica, por meio da análise e cotejo das dez variáveis relativas às mais importantes regras e instituições, uma linha central que os distingue. Qual seja: a de que, no modelo majoritário, o poder político e os processos decisórios governamentais estão concentrados nas mãos de uma pequena maioria, muitas vezes representada por uma maioria simples e estreita, quando não por uma *plurality*, nas hipóteses eleitorais em que a maioria não é alcançada. Por outro lado, o modelo consensual, que se inspira em objetivo oposto, é voltado

---

ao mapa bidimensional conceitual, e as variáveis e países estudados foram mantidos. As alterações verificadas se restringiram aos seguintes elementos: inclusão de três novos países, o Uruguai, a Argentina e a Coreia; exclusão de três países, Colômbia, Venezuela e Papa Nova-Guiné; extensão do período de análise do ano de 1996 até 2010; consideração do banco central como uma instituição internacional e não mais nacional.

<sup>11</sup> Por ser relevante do ponto de vista teórico da pesquisa comparada empreendida, cabe esclarecer que o interesse científico de Arend Lijphart em fazer esta verificação empírica dos modelos de democracias experimentados no mundo, em determinado período de tempo, partiu da necessidade de apresentar uma crítica ou mesmo propor um refinamento da tipologia proposta por Gabriel A. Almond para os sistemas políticos em 1956, um dos principais referenciais teóricos em termos de análise comparada da época, na qual se defendeu a existência de três tipos de sistemas democráticos ocidentais: o sistema político anglo-americano (marcado por uma cultura política secular e homogênea, com grandes diferenciações na estrutura governamental e nas funções exercidas pelas instituições, as quais possuem autonomia, não obstante interdependentes); o sistema político europeu continental (caracterizado por uma cultura política fragmentada, com subculturas políticas) e o sistema político dos países baixos e escandinavos (que denota uma mistura das características dos outros dois modelos). Nesse sentido, ver LIJPHART, Arend. **Thinking about democracy: power sharing and majority rule in theory and practice**. New York: Routledge, 2008. p. 26-40. Para uma visão geral sobre o método comparado no estudo dos sistemas políticos na década de 1950, bem como as características da classificação proposta por Gabriel Almond, ver *Comparative political systems*. **The Journal of Politics**, vol. 18, n.º 3, 1956, p. 391-409.

<sup>12</sup> Arend Lijphart tomou em consideração os trinta e seis países categorizados como estáveis e consolidados democraticamente pelo período mínimo de 19 anos consecutivos, com população de mínima de 250 mil habitantes, no ano de 1996, de acordo com a classificação fornecida em 1972 pela Freedom House para todos os países do mundo. Definiu, assim, dois marcos temporais iniciais para a verificação empírica: o primeiro a partir de 1945, quando ocorreram as primeiras eleições nacionais; o segundo a partir do ano 1971, momento em que os demais países identificados conquistaram a independência ou retomaram ao processo democrático. Nesse cenário, o autor divide o tempo de cinquenta anos da investigação em dois períodos distintos: um de 1945 a 1996, o outro de 1971 a 1996. Para maiores detalhes acerca dos critérios de seleção dos países, cf. **Patterns of democracy...**, p. 48-61.

para a busca da negociação e da prevalência da vontade do maior número de pessoas, de modo que o poder é dispersado ao máximo e a responsabilidade política dividida, por meio de uma ampla participação de instituições e minorias nos processos decisórios.<sup>13</sup>

Dentre as variáveis tomadas em consideração naquele empreendimento empírico, três específicas nos interessam para o desenvolvimento do argumento sustentado nesta tese, quais sejam: sistemas eleitorais majoritários *versus* proporcionais, constituições flexíveis *versus* rígidas e ausência ou presença de controle jurisdicional de constitucionalidade. Foram escolhidas essas três variáveis como premissas empíricas e fundamentos teóricos para consideração na exposição do argumento, porque as demais variáveis são específicas do processo político, fato que se afasta do corte metodológico feito nesta tese, razão pela qual serão tomadas em consideração apenas de forma lateral.

A partir da verificação empírica dos modelos de democracia e do funcionamento da regra majoritária, pretende-se neste capítulo investigar a validade do argumento teórico defendido na literatura jurídica de que a instituição da jurisdição constitucional, notadamente a técnica do controle de constitucionalidade de atos normativos do poder público por cortes constitucionais ou supremas, é essencialmente antidemocrática.<sup>14</sup> Para tanto, toma-se como referência a teoria defendida por Jeremy Waldron, uma vez que a crítica empreendida contra a jurisdição constitucional se fundamenta no questionamento da regra majoritária como igual regra de decisão tomada na Suprema Corte, pelo menos no contexto do direito constitucional americano.<sup>15</sup>

O argumento principal defendido por Jeremy Waldron, e de certa forma pelos autores que igualmente defendem a legislatura majoritária (democracia legislativa) como a instituição mais adequada para a realização do controle de constitucionalidade dos atos normativos, embora com abordagens normativas distintas, é de que a democracia majoritária não suporta o

<sup>13</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 2-5.

<sup>14</sup> Na literatura constitucional, vários são os críticos da ideia de uma instituição independente que exerça o controle de validade dos atos normativos do poder público, por afronta ao ideal democrático. A partir dessa abordagem, sustentam que cortes constitucionais e/ou supremas cortes com função de controle de validade da legislação não se justificam ou se legitimam, porquanto desprovidas do pressuposto principal do pedigree democrático, qual seja, ausência de representantes eleitos pelo sistema político, que são responsáveis pela população ou eleitorado. Nessa linha de argumentação, os expoentes principais dessas críticas, com argumentações e premissas teóricas distintas, são: KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004; TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the court*. Princeton University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999.

<sup>15</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement...*, passim. WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? *Yale Law Journal*, vol. 123, p. 1692-1730, 2014. WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C (Eds.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. (tradução de Marcelo Alegre e Paola Bergallo). Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 249-267. WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

controle de seus atos por instituições estabelecidas fora dos quadros dos representantes eleitos no processo democrático, tampouco que seja questionada a regra da maioria como o método padrão de resolução dos desacordos permanentes na sociedade.

Entende-se que justamente neste ponto residem a fragilidade e insuficiência do argumento sustentado por Jeremy Waldron, como será demonstrado, porquanto fundamenta-se no modelo de democracia majoritária como o único método de resolução dos problemas dos desacordos existentes na sociedade e de tomada de decisão nos processos governamentais. Não toma como parâmetro válido de democracia o sistema político consensual (consorcional), caracterizado pelo compartilhamento e divisão de poder e responsabilidades com outros atores políticos, bem como pela tentativa de inclusão da minoria por meio do acesso a outras instituições (como o Poder Judiciário ou cortes constitucionais).<sup>16</sup> Ademais, subestima o problema da regra do sistema eleitoral majoritário, que muitas vezes implica produção de uma maioria fictícia e/ou desproporcional com a apuração das intenções reais do povo.

Por outro lado, não se tem como deixar de reconhecer que o sistema democrático consensual, tal como proposto por Arend Lijphart, que oferece os elementos basilares para o desenvolvimento de uma teoria da democracia constitucional,<sup>17</sup> apenas funcionará de forma

---

<sup>16</sup> Interessante registrar que este descaso com o conceito de democracia consensual também é adotado no campo da ciência política, conforme observação feita por Lijphart: "Nevertheless, there is a surprisingly strong and persistent tendency in political science to equate democracy solely with majoritarian democracy and to fail to recognize consensus democracy as an alternative and equally legitimate type. A particularly clear example can be found in Stephanie Lawson's (1993, 192–93) argument that a strong political opposition is 'the sine qua non of contemporary democracy' and that its prime purpose is 'to become the government.' This view is based on the majoritarian assumption that democracy entails a two-party system (or possibly two opposing blocs of parties) that alternate in government; it fails to take into account that governments in more consensual multiparty systems tend to be coalitions and that a change in government in these systems usually means only a partial change in the party composition of the government—instead of the opposition 'becoming' the government (Lundell 2011). The frequent use of the 'turnover' test in order to determine whether a democracy has become stable and consolidated betrays the same majoritarian assumption." LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p. 6.

<sup>17</sup> Pasquale Pasquino, com extrema sofisticação teórica e sensibilidade filosófica-política, explora o sentido de que as democracias constitucionais contemporâneas são uma forma de governo misto, ou mais exatamente de governo no qual o poder é dividido entre instituições políticas eleitas, por meio do processo representativo político, e instituições independentes e desvinculadas do processo eleitoral. Defende uma justificação normativa para as democracias constitucionais como sistemas políticos nos quais órgãos não eleitos e não responsáveis, do ponto de vista eleitoral, podem modificar por meio da interpretação ou simples invalidação a legislação promulgada por parlamentos eleitos e responsáveis. Nesse sentido, discute a crítica baseada no dogma antigo da separação de poderes de que a adjudicação constitucional seria uma função tipicamente legislativa, para argumentar que de fato os tribunais constitucionais, pelo menos na acepção daqueles instituídos na Alemanha, Itália e França, são legisladores positivos ou co-legisladores no processo de criação do Direito. E tal percepção da democracia constitucional, bem vistas as coisas, é boa, na medida em que a sua participação na função legislativa da autoridade política parece um mecanismo que pode criar obstáculos para governos despóticos, autoritários e ajudam na estabilização dos regimes democráticos liberais, melhorando sua capacidade de tutela dos direitos fundamentais, que são o limiar da atuação da autoridade política majoritária. Como afirma Pasquino: "Elsewhere I have discussed the weakness of representative government based on simple competitive elections: rational, elected officials tend to be partial (to their voters) and myopic (looking always at the temporally limited horizon of their reelection). Here I have been claiming, with the critics of constitutional adjudication, that the members of the Constitutional Courts are indeed co-legislators. I can even say that they exercise on top of this legislative function some

adequada caso se preste atenção às críticas feitas por Waldron, no sentido de que igualmente no ambiente jurisdicional o procedimento para a resolução dos desacordos e tomada de decisão se dá com base na votação e na regra majoritária estreita. Tal argumento levaria à conclusão de que a desconfiança não seria com relação à regra majoritária, mas sim quanto à instituição.

Essas críticas propostas nos levam a pensar sobre argumentos outros que sejam necessários e suficientes na justificativa para uma aceitação racional da estrutura do modelo de democracia constitucional e, por conseguinte, ao funcionamento da jurisdição constitucional enquanto instituição cuja função compreenda compartilhar autoridade com o Legislativo no processo de reconstrução do Direito, por meio do processo de interpretação e aplicação das regras e da invalidação dos atos normativos incompatíveis com a Constituição Federal.

Argumentos que não mais devem ser buscados na discussão teórica acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, mas sim no plano do desenho institucional das cortes constitucionais. Ou seja, nas regras que informam seu processo decisório colegiado interno (como a regra de resolução do julgamento colegiado), na forma de acesso à jurisdição constitucional, que deve servir como efetivo instrumento de acesso da minoria ao processo democrático de tomada de decisão, e nas regras que estruturam sua relação com os demais poderes e a sociedade como: as audiências públicas, *amici curiae*, processo de nomeação dos ministros, entre outras.

## 1.1 DEMOCRACIA CONSENSUAL VERSUS DEMOCRACIA MAJORITÁRIA: MODELOS DE DEMOCRACIA POR AREND LIJPHART

A concepção clássica de democracia a descreve como o sistema político no qual o governo representa o povo, ou ao menos a maioria deste, e para quem é exercido o governo. O problema em tal definição é que desconsidera a heterogenidade na formação de muitas sociedades contemporâneas. Tal fato pode dificultar a qualidade e eficiência da operação clássica do processo democrático majoritário, bem como mascarar a suposta eficiência e

---

incremental form of constituent power – constitutions being incomplete contracts, it is de facto inevitable that, notably in case of Organstreit, the Court has to “write” a fragment of the silent constitution. The Constitutional Courts, I wish to claim, have a significant binding power on the citizens – I shall discuss in the next section the limits of this power. What is good about this power, and why is it rational to accept it, meaning the structure of the constitutionally divided normative power?” Analisar-se-á essa justificação normativa proposta em favor da racionalidade na aceitação dessa estrutura democrática constitucional no próximo capítulo. Quanto ao ponto, importante apenas verificar a convergência teórica entre essa proposta e a defendida no modelo de democracia consensual por Arend Lijphart, a partir de constatações empíricas. Cf. A political theory of constitutional democracy. On legitimacy of constitutional courts in stable liberal democracies. **Straus Institute Working Paper**, n.º 4, 2013, Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP4Pasquino.pdf>. Trabalho não publicado cuja citação e referência foram autorizadas pelo autor.

legitimidade desse modelo democrático quando tomado como parâmetro em sociedades caracterizadas pela homogeneidade.<sup>18</sup>

Nas sociedades fragmentadas ou plurais existem minorias e grupos sociais, diferenciados por questões de linguística, religião ou raça, condições econômicas, que se veem sistematicamente excluídos tanto da representação política majoritária quanto da atenção governamental, fato que potencializa grande desconfiança no sistema político.<sup>19</sup>

E por que motivo as minorias presentes nas sociedades fragmentadas, com ampla divisão social, cultural e econômica, não estão representadas no modelo democrático majoritário? A ausência de representação da minoria deve importar para um sistema político democrático? A regra majoritária é suficiente por si só para a resolução dos desacordos morais e políticos? Como garantir estabilidade política e democrática nos países com heterogeneidade cultural?

Nessas condições de política cultural e estrutura social e econômica, para que o sistema democrático tenha qualidade e efetiva representatividade, faz-se necessária a adoção de uma série de instituições e práticas que garantam a representação tanto da maioria quanto das minorias. Para tanto, deve-se reconhecer o caráter plural da sociedade, em lugar de contentar-se com o simples método majoritário de resolução nos processos decisórios democráticos.

Da observação dos sistemas democráticos que incorporaram tipos de instituições favoráveis para a ampla representação dos grupos sociais na formação da ação coletiva política, Arend Lijphart verificou que quatro variáveis resultavam em regularidade e padrão de comportamento, quais sejam: a) grande coalização dos líderes políticos de todos os setores da população; b) veto mútuo de cada um dos setores aplicado às questões vitais concernentes à comunidade; c) proporcionalidade como característica principal da representação política; d) alto grau de autonomia para o manejo de assuntos específicos de cada comunidade.<sup>20</sup>

Nesse cenário dicotômico entre dois modelos de democracias possíveis, que são plenamente justificáveis dentro das condições políticas, sociais e culturais de cada país, Arend Lijphart inseriu sua proposta de pesquisa empírica de política comparada, com a finalidade de

<sup>18</sup> ISSACHAROFF, Samuel. Constitutionalizing democracy in fractured societies. *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, p. 1863-1870. FEREJOHN, John. Democracy and heterogeneity. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 205, n.º 2, 2000, p. 205-213.

<sup>19</sup> Como afirma Lijphart: "In the most deeply divided societies, like Northern Ireland, majority rule spells majority dictatorship and civil strife rather than democracy. What such societies need is a democratic regime that emphasizes consensus instead of opposition, that includes rather than excludes, and that tries to maximize the size of the ruling majority instead of being satisfied with a bare majority: consensus democracy". *Patterns of democracy...*, p. 33. O enfrentamento civil mencionado efetivamente ocorreu no final da década de 1960, com a guerra civil entre protestantes e católicos na Irlanda do Norte, como ocorre com frequência nos países africanos, que são marcados por profundas clivagens sociais.

<sup>20</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, passim.

demonstrar que dentro dos sistemas democráticos existentes no mundo havia um que se distinguia positivamente, em razão da prevalência das quatro características institucionais acima referidas. Sua particularidade reside no fato de ser considerado o modelo que representa a melhor forma de coexistência de democracia em sociedades plurais.

Portanto, Lijphart, a partir das dez variáveis relativas às mais importantes instituições e regras democráticas e das posições de cada uma nas democracias analisadas, desenhou um mapa conceitual bidimensional de modelos democráticos: o majoritário e o consensual.<sup>21</sup>

O modelo bidimensional é informado pelo agrupamento das variáveis em duas dimensões bem distintas. A primeira, denominada de executivos-partidos, reúne cinco características da estrutura composta pelo Poder Executivo, sistemas partidários, eleitorais, relações de equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo (presidencialismo ou parlamentarismo) e grupos de interesses na formação da ação coletiva política. A segunda dimensão é definida como federal-unitária, haja vista que associa os elementos interdependentes para a configuração do governo federal e descentralizado ou unitário e centralizado, relacionando-se com a ideia da dispersão do poder entre instituições separadas e compartilhamento de responsabilidades.<sup>22</sup> Essa dimensão federal-unitária, como observado por Lijphart, basicamente se circunscreve à principal técnica de divisão de poder no governo, o federalismo. As demais variáveis, como legislatura bicameral, constituições escritas e rígidas, controle de constitucionalidade e bancos independentes, este em menor grau, são características secundárias do federalismo, na medida em que se apresentam como legítimos instrumentos de sua implementação.<sup>23</sup>

Arend Lijphart constatou que as democracias majoritárias se distinguem pelas seguintes variáveis: a) concentração do Poder Executivo em gabinetes majoritários de um único partido; b) domínio do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo; c) bipartidarismo; d) sistema eleitoral majoritário; e) sistema pluralista de grupo de interesses; f) governo unitário e centralizado; g) concentração do Poder Legislativo em uma única câmara; h) flexibilidade constitucional; i) ausência de revisão judicial; e 10) bancos centrais que dependem do Executivo.<sup>24</sup> Os países exemplos desse modelo de democracia são: Reino Unido, Nova Zelândia e as antigas colônias britânicas no Caribe, mas estes apenas na dimensão executivo-partidos.

---

<sup>21</sup> Como afirmado por Arend Lijphart no decorrer do texto, a classificação dicotômica entre os modelos de democracia majoritária e consensual de modo algum é uma invenção recente na ciência política, uma vez que os dois termos foram usados de empréstimos de Robert Dixon Jr. Outros termos que se equivalem são: princípio da maioria e da proporcionalidade; formas majoritárias e amplamente representativas de democracia; a visão do controle da maioria e da influência proporcional. **Patterns of democracy**..., p. 5-6.

<sup>22</sup> LIJPHART, **Patterns of democracy**..., p. 5-6.

<sup>23</sup> Ibid., p. 185-193.

<sup>24</sup> Ibid., p. 3-4.



Por outro lado, as democracias consensuais distinguem-se precisamente pela presença das variáveis institucionais opostas: 1) divisão do Poder Executivo em amplas coalizações multipartidárias; 2) equilíbrio de poder entre Legislativo e Executivo; 3) multipartidarismo; 4) representação proporcional; 5) corporativismo dos grupos de interesses; 6) governo federal e descentralizado; 7) bicameralismo; 8) rigidez constitucional; 9) revisão judicial; 10) independência do banco central.<sup>25</sup> São exemplos considerados como protótipos puros, nesse modelo, a Suíça, a Bélgica e a União Europeia. Os demais países integrantes da análise empírica, embora não estejam configurados como padrões puros do modelo consensual, apresentam traços consensuais significativos, quando não predominantes em ambas as dimensões do mapa conceitual traçado.

A primeira conclusão mais importante da empreitada levada a cabo por Lijphart consiste – a partir de um quadro informativo empírico – na impugnação da concepção tradicional de a democracia majoritária deter maior efetividade governamental, na medida em que demonstra que ambos os modelos de democracias apresentam gestão econômica de qualidade semelhante. Ademais, no quesito da eficiência de ambos os modelos foi demonstrado ser o modelo consensual o mais efetivo na questão do desenvolvimento das políticas públicas, sendo este o mais apto na promoção adequada e efetiva do bem-estar social, na proteção do meio ambiente e de outros direitos de caráter não patrimoniais e relacionados às minorias, como as mulheres.

A segunda conclusão ratifica a premissa de ser a democracia consensual a mais conveniente e adequada não apenas para as sociedades plurais, mas para qualquer tipo de sociedade, mesmo aquelas classificadas como homogêneas.

Com efeito, o conceito de democracia consensual é um dos aportes teóricos mais importantes de Arend Lijphart. Isso porque a definição de democracia consensual é mais ambiciosa do que a de democracia majoritária quando impõe como meta um sistema político que persegue a anuência do todo no conjunto social, e não somente da maioria simples ou estreita, que muitas vezes é desproporcional ao próprio universo eleitoral que a consagrou vencedora, como será visto no próximo tópico. E, ainda, aposta na dispersão do poder entre instituições separadas como técnica de estruturação dos processos decisórios de formação da autoridade política.

Para Lijphart o mérito mais importante da democracia consensual reside no fato de esta representar a maneira mais efetiva de se colocarem em prática as instituições e regras democráticas nas sociedades plurais, uma vez que o modelo majoritário incorre em

---

<sup>25</sup> Ibid., passim.

desigualdades e injustiças contrárias ao próprio espírito democrático, na medida em que deixa de lado as minorias decorrentes da heterogeneidade social, econômica e cultural.<sup>26</sup>

Esta ampla representação nas sociedades fragmentadas é alcançada pelo consenso, como método de democratizar a democracia, por meio da separação institucional do poder. Ou seja, o poder e a responsabilidade têm que ser divididos pelas instituições, a fim de garantir um maior acesso dos grupos e maior controle da responsabilidade de cada um. Essa separação institucional é vista claramente nas situações de difusão do poder, como ocorre quando há as seguintes variáveis: federalismo, bicameralismo, Constituição rígida, revisão judicial e independência do banco central.

## 1.2 REGRA DA MAIORIA NA TEORIA E PRÁTICA DEMOCRÁTICA

### 1.2.1 Sistemas eleitorais: maiorias ordinárias *versus* representação proporcional

Neste tópico, será trabalhado o argumento da variável dos sistemas eleitorais pertencente à dimensão executivos-partidos. Como afirmado linhas acima, foi escolhida essa variável, ao lado de outras duas, para analisar detalhadamente suas características e resultados no estudo comparado, porquanto estão relacionadas diretamente com os problemas e a legitimidade do processo decisório estruturado pela jurisdição constitucional quando do exercício da função de controle dos atos normativos do poder público.

O sistema eleitoral é o elemento basilar para o desenvolvimento das demais características que definem cada modelo de democracia no quesito da dimensão executivos-partidos. Fornece os materiais para a definição da estrutura dos partidos, da legislatura, da gestão do gabinete e a relação entre os grupos de interesses.

De acordo com Arend Lijphart, o sistema eleitoral típico da democracia majoritária é o sistema do distrito uninominal, baseado na regra da maioria simples ou da maioria absoluta. A democracia de consenso, por sua vez, adota o sistema de representação proporcional. Os métodos de maioria simples em distrito uninominal são do tipo o “vencedor leva tudo”, uma vez que os candidatos apoiados pelo maior número de eleitores numa determinada base vencem. Por sua vez, os demais eleitores que apoiaram o candidato ou partido de oposição permanecem sem representante e expressão nas políticas nacionais. Consequentemente, o partido vencedor

---

<sup>26</sup> LIJPHART, *Thinking about democracy...*, p. 111-124.

garante sobrerrepresentação nas cadeiras parlamentares, situação que reflete a própria filosofia majoritária.<sup>27</sup>

Com objetivo diametralmente oposto, a democracia de consenso, calcada no sistema eleitoral proporcional, instrumentaliza as condições de representação tanto das maiorias quanto das minorias, de modo a obter uma expressão proporcional na votação em termos de cadeiras no parlamento. Em outras palavras: a democracia de consenso não se contenta com uma representação insuficiente de qualquer partido político, materializada em maiorias estreitas, muito menos com a ausência de expressão das minorias na participação do processo de tomada de decisões políticas.

Lijphart afirma que, para além da linha divisória fundamental que constitui os sistemas eleitorais (representação proporcional *versus* os sistemas de maioria simples, em distritos uninominais, e os sistemas de maioria absoluta), deve-se buscar uma tipologia mais elaborada a partir de sete parâmetros que caracterizam os sistemas eleitorais, quais sejam: fórmula eleitoral, magnitude dos distritos eleitorais, barreira eleitoral, número total dos membros de uma assembleia eleita, influência das eleições presidenciais sobre as eleições legislativas, grau de (des)proporcionalidade e vínculos eleitorais interpartidários.<sup>28</sup>

Não interessa neste espaço debater especificamente cada uma dessas características que informam a tipologia de classificação dos sistemas eleitorais, sendo bastante o resultado encontrado na pesquisa empírica, que servirá como fundamento para o argumento aqui defendido.

Com relação às fórmulas eleitorais consistentes em maiorias simples e absoluta e representação proporcional, interessante registrar o procedimento básico que cada uma envolve. A fórmula da maioria simples é o procedimento mais básico de votação, porquanto o candidato que obtiver o maior número de votos será eleito. A maioria absoluta é obtida com a realização de um segundo turno complementar entre os dois candidatos mais votados, caso nenhum destes tenha obtido a maioria no primeiro turno. Esse método é o mais utilizado para a definição das eleições presidenciais, não sendo método válido para as legislaturas. Ao lado da fórmula maioria absoluta-maioria simples e maioria absoluta-eleição com segundo turno, tem-se o método do voto alternativo, adotado na Austrália, que tem como resultado final uma eleição pela fórmula da maioria.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 143-150.

<sup>28</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p.144.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 146.

Na fórmula da representação proporcional, Arend Lijphart identifica três tipos principais de sistemas. O mais comum é o de listas, usado por metade das democracias analisadas, no qual se exige o "requisito de que os partidos indiquem suas listas de candidatos para os distritos plurinominais; que os eleitores votem uma ou outra das listas partidárias e que as cadeiras sejam distribuídas na proporção do número de votos que cada partido obteve".<sup>30</sup> Os outros dois métodos de representação proporcional são o dos distritos mistos com fórmula proporcional e o do voto único transferível.

Outro fator que afeta de maneira decisiva a proporcionalidade dos resultados eleitorais e da participação de todos os segmentos da sociedade é a magnitude do distrito eleitoral, isso porque quanto maior for a magnitude, mais vantagens trará para os sistemas de maioria simples e maioria absoluta, na medida em que os grandes partidos terão melhores condições de captação de votos. Fato que, por outro lado, implica grandes desvantagens para a representação dos partidos pequenos e, por conseguinte, das subculturas que constituem determinada comunidade política. O mesmo não ocorre no sistema de representação proporcional, uma vez que o aumento da magnitude distrital acarreta maior proporcionalidade e condições favoráveis para os pequenos partidos.<sup>31</sup>

Quer isso dizer que a magnitude distrital varia muito na representação proporcional, fator que acarreta uma maior proporcionalidade atingida pelos diversos países que a adotam, conforme explica Lijphart. Para o autor, “um partido que represente uma minoria de 10 por cento não deve obter uma cadeira num distrito de cinco membros, porém será bem-sucedido num distrito de dez membros”.<sup>32</sup> Motivo pelo qual “um distrito de âmbito nacional, na hipótese de igualdade dos demais fatores, é ótimo para a tradução proporcional de votos em cadeiras parlamentares”.<sup>33</sup>

Por certo, muitos atributos dos sistemas eleitorais exercem influência sobre o grau de (des)proporcionalidade, como verificado acima. Assim, como fomentar a discussão sobre os graus de proporcionalidade com uma precisão maior?

Arend Lijphart demonstra que, conquanto haja variação nos métodos de votação dentro dos sistemas eleitorais de representação proporcional e nenhum deles seja absolutamente proporcional, esses sistemas de fato são menos desproporcionais que os sistemas que adotam o processo majoritário simples ou absoluto de votação, déficit este que é amenizado nas

---

<sup>30</sup> Para uma explicação mais detalhada desses processos de votação, cf. LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p.147-148.

<sup>31</sup> Ibid., p. 150.

<sup>32</sup> Ibid., p. 152.

<sup>33</sup> Ibid., p. 152.

democracias presidencialistas. Neste sentido, explica o grau da desproporcionalidade eleitoral tanto nas democracias presidencialistas quanto nas eleições legislativas, sendo que, nas presidencialistas, marcadas por uma relação de equilíbrio entre Legislativo e Executivo, ou predomínio deste, as eleições para presidente são tão importantes quanto as eleições para o parlamento.

Quanto às eleições presidenciais, que adotam como fórmula de votação a maioria simples ou absoluta, Lijphart afirma que elas são essencialmente desproporcionais, por dois motivos principais, quais sejam: a fórmula eleitoral e o tamanho do corpo a ser eleito, que é o mínimo absoluto de um.<sup>34</sup> Isso quer dizer que o partido que ganha a eleição leva todas as cadeiras porque apenas uma é disponível. Fato este que tende a proporcionar a criação de gabinetes majoritários, com a composição do partido vencedor, ficando a agremiação partidária perdedora sem qualquer oportunidade de expressão, tampouco de representação.

De outro lado, o grau de desproporcionalidade verificado nas eleições legislativas das trinta e seis democracias estudadas permite inferir que os sistemas de representação proporcional têm desproporcionalidade mais baixa que os sistemas ditos majoritários, relação que é encontrada mesmo nos sistemas impuros de representação.

Assim é que Lijphart apontou que os únicos sistemas de representação proporcional que apresentaram elevado grau de desproporcionalidade são as democracias presidencialistas: como Colômbia, Venezuela e Costa Rica. Por outro lado, o baixo grau de desproporcionalidade também pode ser constatado em um dos sistemas qualificados como majoritário: os Estados Unidos.<sup>35</sup> Em face deste cenário, Lijphart entende que o melhor argumento para explicar este fenômeno é o fato de os EUA adotarem eleições primárias, as quais favorecem que os pequenos partidos apoiem as principais primárias partidárias, afastando a hipótese de permanecerem sem representação. A França, por sua vez, foi considerada o país com o maior nível de desproporcionalidade, em razão do modelo majoritário tanto nas eleições parlamentares quanto no presidencialismo.<sup>36</sup>

A última consequência a ser aqui destacada dos sistemas eleitorais é a sua conexão com os sistemas partidários. Arend Lijphart, com fundamento na proposição teórica de Douglas W. Rae, evidenciou que todos os sistemas eleitorais, sejam de representação

---

<sup>34</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 161.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 162-163.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 164.

proporcional ou majoritário, tendem a acarretar uma sobre-representação dos partidos maiores e uma sub-representação dos menores.<sup>37</sup>

Nessa linha de raciocínio, afirma que a vantagem sistemática que os sistemas eleitorais dão aos grandes partidos se verifica justamente quando estes não alcançam uma maioria de votos, porquanto são recompensados por uma maioria de cadeiras no legislativo. Ou seja, um grande partido consegue formar gabinetes majoritários de forma artificial pelo sistema eleitoral, por meio da chamada “maioria fabricada”.<sup>38</sup> Por outro lado, a desproporcionalidade implica uma diminuição no número efetivo dos partidos parlamentares, favorecendo os grandes partidos.

Lijphart explica que “maiorias fabricadas podem ser contrastadas com maiorias ganhas – quando o partido obtém maiorias tanto de votos quanto de cadeiras – e com minorias naturais – quando nenhum partido obtém maioria nem de votos ou de cadeiras”.<sup>39</sup> Essa “maioria fabricada” pode ser obtida por meio de qualquer sistema eleitoral. A grande diferença constatada na comparação empreendida é que essa ficção democrática é particularmente presente nos sistemas de maioria simples e de maioria absoluta. Tanto é assim que os exemplos notórios de maiorias fabricadas são encontrados na Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Austrália e Canadá. Essa informação das “maiorias fabricadas” é de grande interesse teórico no âmbito da ciência política, devendo igualmente servir de relevante parâmetro nos estudos acerca da aceitação racional da estrutura institucional da jurisdição constitucional.<sup>40</sup>

De tudo o quanto explicitado, fica demonstrada a inferência de que as maiorias do Legislativo e do Executivo no sistema presidencialista de governo constituem, como regra, maiorias fabricadas pelo próprio sistema eleitoral adotado, em maior medida naqueles majoritários simples e em grau reduzido no de representação proporcional. Tal situação implica a ausência da adequada e efetiva representação dos eleitores e, mais ainda, dos diversos segmentos sociais.

Melhor explicando: os modelos democráticos, vistos a partir da dimensão executivo-partido que envolve instituições governamentais e suas relações no âmbito do Executivo e Legislativo, apresentam-se como falsas representações eleitorais, em razão das “maiorias

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 165-170.

<sup>38</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy*..., p. 167.

<sup>39</sup> Ibid., p. 167-168.

<sup>40</sup> "The most salient feature of table 8.3 is that more than 80 percent of plurality and majority elections lead to manufactured or earned majorities and that more than 80 percent of PR elections yield natural minorities". Ibid., p. 168.



fabricadas” que são produzidas em nome da representação do povo, ou do que pelo menos a maioria de um povo escolheu.

O argumento majoritário das legislaturas, e mesmo dos regimes presidenciais, é um “teto de vidro”, que não deve justificar por si mesmo um sistema democrático e a eficiência de qualquer governo.<sup>41</sup> Para que um determinado país seja efetivamente democrático necessita de outras instituições que permitam o exercício dividido do poder e das responsabilidades e, por consequência, o acesso da representação das minorias ganhas e da maioria real, para a acomodação das profundas divisões societárias e desacordos.

### 1.2.2 Democracia consensual: análise das variáveis rigidez da Constituição e controle jurisdicional de constitucionalidade

Nesse cenário, um problema de democracia apresenta-se: é possível impor restrições à atuação das maiorias parlamentares? Em que medida? Qual o argumento que justifica a necessidade ou não de revisão do produto legislativo? Qual a instituição legítima para esta função, sem que haja uma violação direta ao sistema democrático? A revisão judicial dos atos normativos é um remédio institucional antidemocrático ou antimajoritário?

Considerando o problema desenvolvido no tópico antecedente do déficit democrático de representação em ambos os modelos de democracia, majoritário e consensual (neste em menor medida), e a sua implicação no desenho institucional desses, passa-se a analisar duas variáveis pertencentes à dimensão federal-unitária. Ambas possuem uma relação necessária com a questão da restrição à atuação da legislatura majoritária, quais sejam: a) flexibilidade *versus* rigidez da Constituição; b) ausência *versus* presença de revisão constitucional.

No mapa conceitual bidimensional proposto por Arend Lijphart, a segunda dimensão federal-unitária tem por objeto trabalhar o protótipo da característica da divisão ou dispersão de poder entre instituições governamentais independentes.

Como afirmado, o modelo majoritário de democracia, cuja definição nuclear reside na concentração de poder nas mãos de um gabinete unipartidário, resultado de um processo decisório resolvido pelo método da regra majoritária, explica a presença e relação das variáveis encontradas em comum nos países que estão nessa categoria. Com efeito, se a principal

---

<sup>41</sup> Sobre a fragilidade do governo representativo fundado em simples eleições competitivas, ver, PASQUINO, Pasquale. Majority Rules in Constitutional Democracies. Some Remarks about Theory and Practice. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 134-156.

característica da democracia majoritária é a concentração do poder nas mãos do vencedor de um sistema eleitoral majoritário, por certo que essa escolha governamental pressupõe algumas renúncias no plano da representação política, como o afastamento das minorias não ganhas, as quais devem fazer o papel de oposição para lograr o próximo governo e impor seu projeto político-jurídico.<sup>42</sup>

É certo que em todas as democracias o poder, em alguma medida, deve ser dividido entre governos centrais e não centrais. Todavia, no modelo majoritário essa divisão ocorre de forma unilateral, uma vez que o poder central não quer ter competidores na execução do governo. Razão, inclusive, que justifica a escolha de governos unitários (em oposição ao federalismo) e centralizados nos países de democracia majoritária.<sup>43</sup>

A democracia majoritária, como é baseada no método da maioria para a escolha dos representantes parlamentares, pressupõe que o funcionamento do governo e a construção das políticas devem estar restritos ao governo eleito pela decisão majoritária do povo, de modo que essa legislatura deve ser a instituição soberana nas ações governamentais e normativas. A ideia de divisão, ou mesmo de atuação conjunta com outras instituições, não lhe pertence; ao contrário, a opção é por uma concentração. Ademais, pressupõe igualmente uma renúncia da representação ampliada e inclusão de todos os fragmentos culturais da sociedade e das minorias.

Esse mapa conceitual da democracia majoritária na dimensão executivos-partidos, acrescido da variável de governo unitário e centralizado na dimensão federal-unitário, exige para o seu adequado funcionamento uma estrutura em que o parlamento seja a instituição soberana, com a única palavra no processo de tomada de decisões de políticas públicas e criação de atos normativos.

Não conversa, portanto, com o majoritarismo político a existência de uma lei superior que imponha restrições no processo de tomada de decisões ou outra instituição (como os tribunais, por exemplo), com poder no processo de criação do Direito e políticas públicas, que

---

<sup>42</sup> A renúncia no plano da representação política, com o afastamento da minoria do projeto de governo assumido com o vencedor majoritário, apenas ocorre de forma pacífica e aceitável nesse modelo democrático, justamente em razão do caráter homogêneo que forma a sociedade. Contexto que permite a minoria esperar pelo próximo processo eleitoral para tentar reverter a liderança. Isso porque a maioria ganha não imporá uma política agressiva às aspirações e direitos da minoria. Recorrer ao voto como técnica de resolução dos desacordos e conflitos políticos, sem solução alternativa para superar o dissenso, pressupõe que os membros da comunidade se considerem iguais. Como assevera Pasquale Pasquino: “la regola democratica del voto a maggioranza è una modalità di gestione del disaccordo e del conflitto agibile solo in società nelle quali non sono (più) presenti, come ho accennato, conflitti radicali (o dove le posizioni di contestazione radicale si limitano a minoranze molto esigue che possono essere controllate dalle forze dell’ordine). Nei casi in cui il conflitto è più radicali ed esteso – come nel caso delle guerre civili di religione nell’Europa moderna –, quelli in cui il gruppo messo in minoranza non accetterà mai la volontà del gruppo maggioritario”. PASQUINO, Pasquale. Il giudice e il voto. **Il Mulino**, fascicolo 5, settembre-ottobre, 2003. p. 805.

<sup>43</sup> LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p. 185.

não tenha legitimidade democrática. A lógica subjacente aqui é que o único corpo eleito pelo povo foi o parlamento; portanto, esse é o único poder que deve exercer juízo sobre a constitucionalidade da sua própria legislação.

Por outro lado, o modelo de democracia consensual tem como principal característica de definição a pulverização do poder entre distintos atores políticos e instituições, de modo a acomodar a representação de todos os grupos sociais, inclusive a minoria e os subgrupos culturais, que existem com maior profundidade nas sociedades fragmentadas.<sup>44</sup>

Como visto linhas atrás, o principal pressuposto da democracia consensual é que todos aqueles afetados por uma decisão política vinculante devem ter a oportunidade de participar do processo que a originou, quer diretamente, quer através de representantes escolhidos. Nesse espaço, excluir os grupos perdedores da participação nos processos decisórios é uma nítida violação do principal pressuposto da democracia, que não se contenta com uma “maioria fabricada”.

Essa pulverização ou divisão do poder, que pode ocorrer dentro das mesmas instituições - situação na qual o poder é exercido de forma conjunta - ou entre instituições independentes e separadas, encontra guarida na técnica do federalismo como forma de governo, que representa o método mais típico dessa operação.<sup>45</sup>

A finalidade da opção por um governo federal tem como propósito garantir que haja uma representação das minorias na participação do processo de tomada de decisões governamentais, fator que define melhor a qualidade e representatividade do governo e do povo em si. Tanto é assim que Arend Lijphart verifica que o federalismo tende a ser usado nos países relativamente grandes e populosos, bem como naqueles com alto índice de pluralidade social, contexto no qual desempenha o papel de dar autonomia às minorias étnicas.<sup>46</sup>

Nessa abordagem da democracia consensual, fica evidenciado que, para o funcionamento da estrutura do governo federal e descentralizado - no qual os centros múltiplos de poder têm autonomia específica e limitada para a tomada de decisões políticas e os segmentos sociais, minorias e indivíduos têm direito ao processo de participação política, ainda que não façam parte de uma maioria vencedora nas eleições - faz-se necessária a presença de uma “lei superior” que disponha sobre os poderes e limites de atuação de cada ente federado e sobre os direitos individuais. Para tanto, oportuna seria a configuração de uma Constituição

---

<sup>44</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy*..., p.185-186.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 185-199.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 195-197.

escrita, bem como a de uma instituição independente vocacionada para a tutela dessa Constituição.

A existência de uma Constituição que atue como lei superior do sistema jurídico, vinculando o parlamento e demais poderes, e que não pode ser alterada por uma maioria provisória e relativa desse órgão legislativo, não prescinde da figura de uma instituição imparcial que possa exercer o controle de validade dos atos normativos do poder público e da repartição de competência entre os entes federados de um sistema. Tais motivos justificam a inserção na dimensão federal-unitária das variáveis Constituição escrita (flexibilidade *versus* rigidez) e ausência ou presença da revisão judicial.<sup>47</sup> Como afirmado acima, Lijphart, ao tratar dessa dimensão no seu mapa conceitual, discutiu a conexão entre essas variáveis como características secundárias do próprio federalismo.

A primeira variável trata da facilidade ou dificuldade no processo de modificação da Constituição escrita. Esse contexto revela a existência de dois grandes grupos de constituições: as chamadas constituições rígidas, que requerem maiorias e regras especiais para o processo de alteração formal, e as constituições flexíveis, que podem ser reformadas por procedimentos simples finalizados com maiorias regulares. A segunda variável refere-se à presença ou ausência da figura da revisão judicial, ou seja, da jurisdição constitucional, exercida dentro da estrutura do Poder Judiciário, por meio de cortes supremas, ou de cortes constitucionais, enquanto órgãos judicantes situados fora dessa estrutura judiciária.

De acordo com a análise empírica das cláusulas constitucionais dos diversos países, Lijphart propõe uma tipologia de categorias e métodos para a alteração das constituições, para garantir a rigidez necessária frente às maiorias legislativas ocasionais.<sup>48</sup>

A primeira categoria seria aquela em que para a aprovação de reformas constitucionais bastaria uma maioria ordinária parlamentar, situação que qualifica a Constituição como um documento flexível, na medida em que qualquer governo eleito pode provocar alterações irrestritas no texto constitucional. Nessa classificação, a Constituição não serve como parâmetro normativo de controle das leis ordinárias, tampouco de instituição de direitos fundamentais, uma vez que está no mesmo patamar normativo da legislação ordinária. Veja-se que esse desenho institucional da ordem normativa justifica a opção por um modelo de governo unitário e centralizado. O desenho contrário, fundado no federalismo e na descentralização, enfrentaria sérias dificuldades de implementação, porquanto a qualquer momento as competências dos centros de poder dispersados poderiam ser revistas. Um modelo de governo configurado como

---

<sup>47</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 216-231.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 219-220.

federalista e de ampla divisão de poder exige uma estrutura institucional que garanta medidas de estabilidade e funcionamento.

Por sua vez, a segunda categoria é formada por constituições rígidas, que exigem, para o processo de alteração normativa, maiorias qualificadas ou extraordinárias como requisito estrutural impeditivo, ou ao menos obstativo, da manipulação dos valores, arquitetura e identidade constitucional de determinada ordem jurídica por autoridades políticas majoritárias e ocasionais.

A maioria qualificada exigida nesse processo de alteração formal da Constituição é subdivida em três classes, que potencializam, ainda mais, a rigidez constitucional: a) a aprovação por uma maioria de dois terços; b) a aprovação por uma maioria, menor que dois terços, mas acima de uma maioria ordinária e estreita; e c) a aprovação por uma maioria maior que dois terços, como na hipótese de três quartos, ou por uma maioria de dois terços, conjugada com a maioria nas legislaturas estaduais ou nos referendos populares.<sup>49</sup>

Na prática constitucional dos diversos países, analisados na pesquisa empírica, verifica-se a existência de diferentes regras de maiorias especiais para o processo de emenda constitucional, que, igualmente, assumem variação de procedimento, a depender da matéria constitucional tutelada em face da autoridade política legislativa. Não obstante essa multiplicidade de procedimentos para o processo de reforma constitucional, quando escolhido o desenho institucional, esse é bastante estável nos projetos constitucionais de cada país.<sup>50</sup>

A ideia de uma maioria especial (ou qualificada), em comparação com a maioria simples ou absoluta, é oferecer, por meio do desenho institucional adequado, o acesso das minorias ao processo de participação da construção e reforma constitucional, na medida em que o universo da oposição, ou da maioria no poder, não consegue de forma isolada concretizar referido acesso. A maioria qualificada, no campo da arena política, traduzida pelas grandes coligações, exige para a tomada das decisões que as cartas sejam postas na mesa para constranger a formação de uma composição política representativa. Por outro lado, este desenho assegura os direitos das minorias e dos indivíduos em face de maiorias estreitas ocasionais.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy*, p. 219. Sobre o ponto, ver também PASQUINO, Pasquale. **Majority rules in constitutional democracies: some remarks about theory and practice**, p. 219-235. Acerca da configuração das regras de maioria no processo decisório do referendo e a justificação por aplicação de supermaiorias, ver o sofisticado estudo de MICHEL, Stephan; COFONE, Ignacio N. Majority rules in constitutional referendums. *Kyklos International review for social Science*, vol. 70, n.º 3, 2017. p. 402-424.

<sup>50</sup> LIJPHART, op. cit., p. 252/253. Para um estudo de direito comparado sobre os processos de reforma constitucional e suas formas de realização na prática constitucional e jurisdicional, ver ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendment: the limits of amendment powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

<sup>51</sup> A rigidez constitucional, com efeito, serve a dois propósitos concomitantes, quais sejam: garantir a estabilidade constitucional e, por conseguinte, a manutenção de um projeto político e normativo intergeracional e fornecer

Exigir maioria qualificada para o processo de emenda à Constituição significa, também, compromisso com a estabilidade constitucional e manutenção do *status quo*, em clara posição de deferência ao legislador constituinte, como método de evitar perda de tempo com sucessivos processos de tomada de decisão coletiva acerca do mesmo tema, em decorrência da variabilidade frívola que o corpo político majoritário possa adotar. Nesse cenário, fica claro perceber que as diferentes maiorias encontradas na democracia constitucional, como regra de decisão coletiva, justificam-se em relação direta com o objeto perseguido nos diversos processos de tomada de decisão. A regra de decisão tem de expressar a linguagem e preocupação da instituição à qual serve.<sup>52</sup>

Fica a pergunta: quando a Constituição e o ato normativo do poder público entram em conflito, a quem compete resolver o litígio e interpretar a Constituição, enquanto lei superior do sistema jurídico? O próprio parlamento, significando a maioria impugnada, ou outro corpo político, como uma corte ou um conselho constitucional especial, fora do parlamento e independente dele?

Esse é o questionamento objeto da segunda variável referente à denominada revisão judicial, nomenclatura correspondente à instituição da jurisdição constitucional no sistema brasileiro. Isso porque a presença de uma Constituição escrita e rígida por si só não representa um método efetivo de controle da atuação da legislatura majoritária e de defesa do federalismo. Isto é, a existência de uma Constituição rígida, que imponha um processo de tomada de decisão qualificado para sua reforma, embora seja um requisito necessário, não é suficiente para a verificação da legitimidade dos atos das autoridades políticas eleitas. Razão porque faz-se importante a presença de uma instituição independente que exerça o controle de constitucionalidade de atos normativos.

Ora, se esse controle continua nas mãos do próprio parlamento, a última garantia da constitucionalidade recai sobre o próprio poder responsável pela produção do ato questionado, contexto que tende a ser eivado de vícios e suspeições em razão da alta probabilidade de adoção de interpretações favoráveis às leis aprovadas pela legislatura.

---

formas de acesso e integração das minorias, sob pena de fragilização do regime democrático e da própria Constituição (com a imposição de nova ordem constitucional pela minoria vencedora do processo eleitoral sucessivo). Já para aquelas minorias consideradas insulares que não têm condições de ganhar uma eleição, e assumir um projeto político, resta a proteção por meio da jurisdição constitucional. Nesse sentido, PASQUINO, Pasquale. **Majority rules in constitutional democracies...**, op. cit. p. 233.

<sup>52</sup> Ver, EXPOSITO, Enriqueta. Mayorías en el Estado Constitucional. In: GUTIERREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 77-92. PASQUINO, Pasquale. **Majority rules in constitutional democracies**, op. cit., p. 219-235. Este ponto, será melhor analisado na segunda parte desta tese.



No grupo de países de democracia majoritária que não adotam a revisão judicial estão presentes o Reino Unido e a Nova Zelândia.<sup>53</sup> Interessante fator de explicação, apontado por Arend Lijphart para a distribuição desses países nessa classificação, é a questão da herança política britânica. Afirma o autor que uma análise de regressão confirma que a correlação da herança política britânica, com a democracia majoritária, na dimensão executivos-partidos, explica 28% das variações encontradas nesses países. Outro fator que elucida a distribuição dos países na dimensão federal-unitária é o grau de pluralismo nas sociedades, ao lado do tamanho da população, que também é motivo a ser levado em consideração.<sup>54</sup>

À vista desse quadro explanatório, são compreensíveis os motivos pelos quais aqueles países são críticos à instituição do controle de constitucionalidade dos atos normativos, na medida em que são pai e herdeiro da política britânica e possuem alto grau de homogeneidade cultural política e social.

A instituição mais comumente usada pelas democracias consensuais para o exercício do controle dos atos normativos é a revisão judicial, seja por tribunais judiciários, seja por cortes constitucionais especiais. Nesse quadro, tem-se a construção de dois modelos principais de controle de constitucionalidade: o descentralizado por meio do Poder Judiciário, que atua de modo independente, como ocorre nos Estados Unidos; e o centralizado nas mãos de uma corte constitucional especial criada para esta única finalidade, externa à estrutura do Poder Judiciário, tal como proposto por Hans Kelsen, para a estrutura jurídica dos países europeus.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Barbados, outro país integrante do modelo majoritário puro, é exceção porque, na dimensão federal-unitária, ele se afasta deste ideal de modelo democrático, adotando as regras e características que informam o modelo consensual de democracia. Servindo, portanto, como um parâmetro de modelo misto dentro do mapa bidimensional. LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p. 24. Com efeito, os ditos países integrantes da “*commonwealth*” (Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido) não possuem em sua estrutura institucional um modelo de constitucionalismo, e de controle judicial dos atos normativos, próprio do Estado de Direito norte-americano ou das Cortes Constitucionais europeias. Todavia, isso não implica dizer que tais países não possuam uma carta de direitos individuais e respectiva proteção judicial, a partir de outras possibilidades institucionais no âmbito de uma democracia constitucional, como o exemplo do Canadá. Sobre a abordagem do constitucionalismo nesses países, ver, por todos, GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2013.

<sup>54</sup> LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p. 250-257. Quanto à afirmação da herança política do majoritarismo como forma e exercício de democracia, interessante a análise que o Samuel Issacharoff fez do sistema político-jurídico da África do Sul, a qual foi uma das herdeiras do sistema Westminster, todavia, em decorrência do caráter altamente heterogêneo (polarizado) de sua sociedade, assumiu o modelo democrático constitucional, com forte atuação da Corte constitucional como ator político de transformação social. Ver **Constitutionalizing democracy in fractured...**, p. 1870-1883.

<sup>55</sup> Acerca das diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade norte-americano, baseado no *judicial review* descentralizado, e o europeu-continental, baseado na criação dos tribunais constitucionais como instituições fora do espaço do judiciário, a partir da teoria proposta por Hans Kelsen, bem como a problematização acerca do modelo mais compatível com o ideal democrático, ver, por todos, FERREJOHN, John. Constitutional review in global context. **NY.U Journal of Legislation & Public Policy**, vol. 6, v.1, 2002, p. 49-59. Ainda, ver GINSBURG, Tom. The global spread of constitutionalism review. In: *The Oxford Handbook Law and Politics*, ed. Keith Whittington et al. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 81-98.

Todavia, Lijphart, quanto ao ponto, afirma que o impacto da revisão judicial não depende apenas da sua existência formal em determinado sistema constitucional, mas, antes, da frequência e força com que é aplicada pelos tribunais, especialmente nas cortes supremas e constitucionais.

Sobre a força da revisão judicial, Lijphart apresenta classificação quádrupla, baseada na distinção entre a presença e a ausência da própria revisão judicial, bem como na diferença de graus de ativismo na afirmação do poder de controle constitucional pelas cortes.

Dessa observação, Lijphart constata que poucos países têm uma revisão judicial ativa e forte, como os Estados Unidos, a Alemanha, a Índia e o Canadá, estes a partir de 1982.<sup>56</sup> A revisão judicial de força média foi encontrada em cinco países, durante todo período da análise empírica: Austrália, Áustria, República de Maurício, Papua-Nova Guiné e Espanha; em cinco países, em período mais curto, como a Bélgica, a partir de 1984, com a instituição da Corte de Arbitragem; a França, após 1974; a Itália, após, em 1956, com a atuação da Corte constitucional; a Colômbia, com decisões mais afirmativas, depois da década de 1980. A revisão judicial de nível fraco está presente em quase metade das democracias, notadamente nos países escandinavos e em Portugal.<sup>57</sup>

Nada obstante o quadro constatado, uma observação relevante, apontada no estudo comparado, refere-se à tendência geral para a adoção de um modelo mais forte e numeroso de revisão judicial.<sup>58</sup> “Além disso, os quatro países com constituições escritas, porém, ainda sem revisão judicial, são democracias europeias mais antigas. As democracias mais recentes, sem exceção, têm efetivamente uma revisão judicial”.<sup>59</sup>

Com relação aos países que não utilizam a instituição da revisão judicial, sejam os integrantes do modelo de democracia majoritária ou consensual, cumpre assinalar que, conquanto rejeitem a ideia de um órgão nacional para o controle da constitucionalidade das leis,

---

<sup>56</sup> O Canadá, a partir da Constituição de 1982, passou da figura de um ator político seguidor da tradição britânica para um dos principais exemplos no campo da jurisdição constitucional comparada, em decorrência do caráter inovador no desenho e arranjos interpretativos, em favor da tutela do federalismo e, com mais razão, dos direitos fundamentais. Sobre essa abordagem, ver, HIRSCHL, Ran. Hirschl, Ran, *Going global? Canada as importer and exporter of constitutional Thought In: ALBERT, Richard; CAMERON, David R (ed.). Canada In the world: comparative perspectives on the canadian Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2935553>.

<sup>57</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 225-227.

<sup>58</sup> Para um estudo de política comparada sobre a expansão da judicialização da política, notadamente quanto ao uso do controle jurisdicional de constitucionalidade, ver, NEAL, C. Tate; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>59</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 227-228 (tradução livre).

estão submetidos ao controle supranacional, exercido pela Corte Europeia de Justiça e pela Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>60</sup>

Em resumo, o modelo consensual puro é marcado por uma Constituição rígida, que serve como parâmetro formal de validade das demais leis, sujeitando-as à revisão por outro poder neutro, no caso o Poder Judiciário, ou cortes constitucionais especiais. Por seu turno, o modelo majoritário puro é desenhado a partir de uma Constituição flexível, alterada por majorias regulares, e com a ausência de revisão judicial.

Uma das conclusões válidas, portanto, da pesquisa empírica empreendida, é no sentido de que as variáveis, Constituição rígida e revisão judicial, na dimensão federal-unitária, são instituições essencialmente contramajoritárias, conquanto democráticas, uma vez que configuram regras fundamentais na Constituição de uma democracia consensual, que objetivam equilibrar os déficits de participação no processo político majoritário, seja este simples ou de representação proporcional, com a ampla participação das minorias e maior dispersão de poder e responsabilidades entre instituições independentes.

Nesse ponto, identifica-se um complexo problema de engenharia e desenho constitucional, qual seja: se para empreender uma reforma constitucional na democracia consensual é necessária maioria qualificada, por que no âmbito do controle judicial se exige apenas a maioria simples para – mediante a interpretação constitucional – modificar-se a Constituição? Em outras palavras, a uma maioria legislativa ocasional não se é permitido, mas uma maioria judicial ocasional pode alterar a Constituição?<sup>61</sup>

### 1.2.3 Em termos de política e eficiência de governo, faz diferença o modelo de democracia?

Ao final da pesquisa, Lijphart propõe-se a responder a seguinte questão: a diferença entre a democracia majoritária e a democracia consensual implica alguma alteração nos resultados de efetividade, utilidade e funcionamento dos governos? Há algum ganho, seja em termos de qualidade, seja em pontos de eficiência, na adoção de uma democracia ou outra, ou tanto faz? Essa pergunta é posta para verificação ao argumento de que a sabedoria convencional

---

<sup>60</sup> Sobre a expansão global do controle dos atos normativos, a partir de instituições e cortes supranacionais, na perspectiva de análise comparada ver CAPPELLETTI, Mauro. The mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis. *Southern California Law Review*, vol. 53, p. 409-445, 1980. Idem. Giustizia costituzionale soprannazionale. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno XXXIII (II Serie), n.º 1, p. 1-32. p. 8-9, gennaio-marzo, 1978.

<sup>61</sup> WALDRON, *Five to four*: Why do bare majorities rules on courts?..., passim.

levanta como verdade o axioma de que as democracias majoritárias possuem vantagens em relação à consensual. Todavia, inexistem quaisquer dados que assim atestem.<sup>62</sup>

Com a finalidade de cotejar ambos os modelos de democracias, Lijphart realizou testes de indicadores de desempenho, com três variáveis: administração macroeconômica, controle de violência e controle da inflação, para testar a assertiva de que a democracia majoritária favoreceria a eficácia governamental. A escolha dessas três variáveis foi feita pela disponibilidade dos dados quantitativos disponíveis e por envolverem funções capitais de um governo.<sup>63</sup>

Da análise dos resultados dos testes empíricos, Lijphart foi taxativo ao afirmar que não é possível a extração de inferências definitivas de que as democracias de consenso sejam melhores, com relação à tomada de decisões e às políticas governamentais, do que os sistemas majoritários. Por outro lado, permite uma conclusão negativa, tendo em vista que as democracias majoritárias não são efetivamente melhores do que as democracias de consenso na administração da economia e na manutenção da paz civil.<sup>64</sup>

A impossibilidade de tomada de conclusões definitivas, em termos de eficiência política comparada, apresenta-se porque o coeficiente superior da democracia de consenso frente à democracia majoritária, nos quesitos de crescimento econômico e de relação negativa com os índices de violência, torna-se equivalente com os resultados para os déficits orçamentários, o desemprego e os tumultos, equação esta que produz um percentual quase nulo. Excepciona-se a variável de controle da inflação, a qual deu superioridade para o modelo consensual, porquanto neste se encontra o atributo da independência dos bancos centrais.<sup>65</sup>

Quer isto dizer que, conquanto não tenha provado que as democracias de consenso sejam superiores às democracias majoritárias, demonstrou ser equivocada e retórica a lógica convencional de que as democracias majoritárias se constituíam melhores, mais eficientes e coerentes, quando contestada por meio do teste empírico comparativo.

Quanto à segunda parte da sabedoria convencional que se põe em xeque, referente à assertiva de ser a democracia consensual melhor no quesito da representatividade,

---

<sup>62</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy*..., p. 258-300.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 258-274.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 272-274.

<sup>65</sup> Com relação à variável do Banco Central independente e a eficácia no controle da inflação, Lijphart afirma que "This important finding is obviously not surprising. One of five ingredients of consensus democracy on the federal-unitary dimension is central bank independence, and the most importante reason why central banks are made strong and independente is to give them the tools to control inflation. It should be noted that the underlying logic of central bank independence is diametrically at odds with the logic of the conventional wisdom: strong and coherent policy-making here is posited flow from the division of power instead the concentration of power." LIJPHART, *Patterns of democracy*..., p. 273.

especificamente quanto à tutela dos interesses da minoria e de grupos nas sociedades marcadas por profundas clivagens, Lijphart utiliza-se dos critérios de qualidade e representação da democracia para avaliar o desempenho de ambos os protótipos majoritário e consensual, ao lado do debate acerca das diferenças encontradas quanto à orientação das políticas governamentais.<sup>66</sup>

Na avaliação do quesito da qualidade democrática, o autor vale-se de uma análise de regressão do efeito da democracia de consenso, quanto à dimensão executivos-partidos sobre dezessete indicadores, quais sejam: avaliação proposta por Robert Dahl; avaliação proposta por Tatu Vanhanen; representação parlamentar das mulheres; representação das mulheres nos gabinetes; programas direcionados às famílias; desigualdade de renda; primeiro decil; índice de recursos de poder; participação do eleitor; satisfação com a democracia; satisfação diferencial; distância do governo; distância do eleitor; índice de corrupção; apoio popular ao gabinete e critérios de John Stuart Mill.<sup>67</sup>

Ao contrário da pesquisa feita com relação à eficiência governamental, cujo resultado não pôde ser definido com precisão, haja vista a paridade entre os modelos democráticos na avaliação de desempenho, na pesquisa da qualidade democrática a conclusão é, sem dúvida, favorável à democracia de consenso, porquanto obteve melhor resultado em todos os testes indicadores, acima listados, resultado este que é estatisticamente expressivo.

Nesse sentido, Lijphart não apenas descreve o resultado, mas argumenta que “é difícil encontrar algum defeito na melhor representação das mulheres, maior igualdade política, maior participação nas eleições, maior proximidade entre as diretrizes governamentais e as preferências dos eleitores, e adesão confiante ao princípio majoritário de John Stuart Mill”.<sup>68</sup> Ainda, acrescenta, a democracia de consenso (na dimensão executivos-partidos) está diretamente relacionada às qualidades de generosidade e benevolência, as quais são traduzidas nos elementos de forte orientação comunitária e consciência social, e verificadas em quatro grandes áreas de atividade governamental: bem-estar social, proteção do meio-ambiente, justiça criminal e ajuda externa.

Não obstante essas comprovações e recomendações em favor da democracia de consenso enquanto conjunto alternativo de instituições políticas, cumpre registrar, por motivos

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 275-300.

<sup>67</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 276-280.

<sup>68</sup> Ibid., p. 293 (tradução livre). Este tópico (e argumento) referente à demonstração de resultados positivos, no modelo de democracia consensual, foi o que mais sofreu alteração na segunda edição do livro *Patterns of democracy*, datado de 2012, como informado na nota de rodapé. As alterações consistem nos dados e informações a mais coletados pelo autor que, com o acréscimo de um período de mais 15 anos de pesquisa, compreendido entre 1996 a 2010, confirmou o resultado da maior eficiência e qualidade deste modelo democrático. Ver, **Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2012, p. 255-294.

de lealdade na exposição dos argumentos, o raciocínio de Lijphart concluindo que o resultado positivo na qualidade e representação democrática está além das instituições consensuais, na medida em que essas necessitam de um ambiente cultural disponível, ou seja, de uma cultura subjacente comunitária e consensual.<sup>69</sup>

Evidente que a pesquisa empírica aqui retratada tem como objeto de análise as instituições e as regras que estruturam as democracias. Entretanto, o autor pretende deixar claro que todo o sucesso institucional sempre dependerá do fator cultural, uma vez que as tradições institucionais e culturais de resistências podem apresentar-se como grandes obstáculos à efetividade da democracia consensual. Por outro lado, como os fenômenos estruturais e culturais são faces de uma mesma moeda, ou seja, “um sistema complexo multidirecional de causalidade”<sup>70</sup>, as instituições têm o potencial de promover uma cultura de contrária às ideias consensuais a menos antagonista e mais favorável a elas, como a própria história política das nações demonstra.<sup>71</sup>

Nessa perspectiva é que Arend Lijphart, em que pese o caráter descritivo das investigações empíricas sobre diferentes sistemas democráticos existentes e a relação com o melhor desempenho, passou a fazer um juízo prescritivo. Isto é, começou a fazer um trabalho de recomendação desse modelo para que fosse adotado nas democracias em desenvolvimento e em seu nascedouro, as quais são marcadas pela fragmentação social e política, bem como para as democracias mais antigas, fundadas no elemento da homogeneidade cultural política e social.<sup>72</sup>

### 1.3 EXCLUSÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO JUSTIFICAÇÃO DA DEMOCRACIA MAJORITÁRIA

O problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, bem como sua justificação e estrutura institucional, está no centro dos grandes debates acadêmicos preocupados com a adjudicação constitucional, com vasta literatura teórica e empírica formada a partir de meados da década de 1990.

---

<sup>69</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 305-309.

<sup>70</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 307.

<sup>71</sup> Nesse sentido, da influência do desenho institucional do controle judicial de constitucionalidade na cultura, como forma de constrangimento do poder político, ver, GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

<sup>72</sup> Inclusive Arend Lijphart passou a atuar como consultor no trabalho de construção do desenho constitucional das democracias contemporâneas dos países subdesenvolvidos, cf. **Thinking about democracy...**, p. 75-87.



Os estudos sobre a questão do impacto e legitimidade da judicialização da política democrática majoritária podem ser divididos em dois grandes grupos dicotômicos. O primeiro reúne estudiosos de diferentes perspectivas normativas que são favoráveis ao controle de constitucionalidade como um dos modos de representação da política democrática e à tutela dos direitos fundamentais. O segundo agrupa os defensores da posição dos valores democráticos e procedimentais majoritários, como a melhor resposta para os desacordos morais existentes em determinada comunidade política.

De acordo com o propósito desta pesquisa, mais especificamente deste capítulo, interessa analisar a validade do arcabouço teórico, construído e defendido pelo segundo grupo, por ser aquele que refuta a legitimidade do constitucionalismo e da instituição do controle de constitucionalidade, variáveis integrantes do modelo de democracia consensual, na dimensão federal-unitária, tal como exposto nos tópicos antecedentes.

Dentre as teorias integrantes do segundo grupo, optou-se por trabalhar, neste espaço, com aquela defendida por Jeremy Waldron, a qual fora amplamente desenvolvida no livro *Law and disagreement* e reafirmada com novos argumentos em trabalhos posteriores,<sup>73</sup> porque se trata de teórico político e jurídico, defensor do modelo da democracia majoritária, como fundamento para a ilegitimidade da instituição de cortes constitucionais e mesmo da ideia de uma Constituição garantidora de direitos fundamentais.<sup>74</sup> Ademais, questiona, de forma sofisticada, a ausência de argumentos teóricos voltados para a discussão, ou mesmo explicação do uso da regra de maioria ao processo decisório constitucional, levado a cabo nas cortes constitucionais ou supremas, questão que implica problemas teóricos e práticos não justificados pelos defensores da adjudicação constitucional.<sup>75</sup>

A tese defendida por Jeremy Waldron apresenta dois propósitos teóricos claramente definidos. O primeiro corresponde à construção do argumento de defesa da legislatura como fonte única e soberana de autoridade na criação da Política e do Direito. Por consequência deste,

---

<sup>73</sup> Cf. nota de rodapé n.º 6.

<sup>74</sup> Interessante anotar que Jeremy Waldron é um professor de filosofia política e Teoria do Direito nascido na Nova Zelândia cuja educação política e jurídica foi obtida tanto nesse país quanto na Inglaterra, tendo iniciado e consolidado a carreira docente nos Estados Unidos, onde atualmente leciona. O curioso desta nota é que a formação educacional de Waldron justifica a sua escolha pelo modelo de democracia majoritária, bem como a construção de sua tese envolta da defesa deste sistema político e o ataque à instituição da revisão judicial, de modo que a explicação da herança política britânica alegada por Arend Lijphart é totalmente pertinente e válida.

<sup>75</sup> WALDRON, Jeremy. A majority in the lifeboat. **Boston University Law Review**, vol. 90, p. 1043-1057, 2010. Sobre o problema da regra de decisão por maioria estreita no âmbito dos tribunais e como justificar seu uso no contexto judicial, ver especificamente WALDRON, Jeremy. **Five to four: why do bare majorities rules on courts?**...

o segundo é voltado para refutar a fé que o sistema judicial norte-americano deposita e investe no controle jurisdicional de constitucionalidade.<sup>76</sup>

Jeremy Waldron enfatiza a premissa dos desacordos generalizados e permanentes na sociedade brasileira, os quais nunca terão uma resposta certa. Ou seja, em razão da existência desses desacordos, que não abrangem tão somente as questões de política, mas, igualmente, as questões básicas sobre a estrutura política (desempenho e funções das legislaturas), justiça e direitos individuais, é preciso encontrar um tomador de decisões que possa resolvê-los. Todavia, os desacordos morais não levam a aceitar que qualquer pessoa ou instituição possa resolvê-los, ao contrário, apenas um decisor tem legitimidade democrática para agir com este objetivo, que é a legislatura majoritária.<sup>77</sup>

As legislaturas, nessa perspectiva, assumem um alto grau de representatividade da população que as elegeram por meio de eleições tomadas em diferentes regiões de um país, que nenhum outro corpo político, seja individual (presidente), seja coletivo (tribunais), poderia obter para a tomada de decisões em face de uma sociedade complexa que não concorda com as posições de política e justiça extremas. Isso porque a lei, em si mesma, é produto que denota esse caráter plural da comunidade política que não consegue, nem deve, ser traduzido em um ato único de consenso ou de busca deste como um valor em si mesmo.<sup>78</sup>

A concepção de Waldron sobre o processo legislativo parte da premissa relacional entre democracia e direitos. Todavia, a ideia de direitos, oferecida aqui, nada tem a ver com a necessidade de uma carta constitucional configurada a partir de direitos fundamentais, mas com a proteção de certos direitos individuais que são a expressão de uma decisão majoritária legítima. Tais direitos são, portanto, constitutivos do processo democrático, como o direito à participação; e os direitos que asseguram este direito, como o de liberdade, de expressão, de reunião, entre outros; os direitos situados fora do âmbito representativo democrático, como o direito à propriedade. Assim, em face do cenário das circunstâncias políticas e desacordos profundos, o direito à participação mostra-se imprescindível para a tutela da igualdade entre as pessoas, porque cada indivíduo poderá expor sua posição sobre o direito e votar a favor ou não, com o respeito à posição divergente do outro, que terá a mesma igualdade de participação.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Ora, não obstante o ataque teórico empreendido por Waldron tenha como destinatário o sistema constitucional dos Estados Unidos, ele pode ser estendido a todos os sistemas democráticos constitucionais, na medida em que estes igualmente lidam com os problemas de legitimidade da jurisdição constitucional (ou supranacional) e de desempenho e função da representação política por meio de legislaturas.

<sup>77</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement...**, passim. WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Barcelona: Marcial Pons, 2005, passim.

<sup>78</sup> WALDRON, **Derechos y desacuerdos...**, p. 140/142.

<sup>79</sup> WALDRON, **Derechos y desacuerdos...**, p. 337/341.

Essa preocupação com os direitos individuais de participação e igual consideração explica o caráter procedimental da teoria democrática defendida por Waldron, porquanto, ao tomar em conta a liberdade e autonomia do indivíduo para decidir sobre as questões de política e os desacordos inerentes, assume a inferência de que apenas esses indivíduos podem discutir sobre quais são e como devem ser interpretados e aplicados os direitos. Assim, o processo legislativo seria o único caminho legítimo e com autoridade para resolver os desacordos em circunstâncias políticas, pouco importando o resultado, que deve ser aceito por quem perdeu no processo político-majoritário.<sup>80</sup>

O cerne da crítica feita por Jeremy Waldron encontra-se no seguinte problema: se o processo legislativo não é um método satisfatório e legítimo de resolução de desacordos fundamentais existentes em uma sociedade, nem de longe o é o processo judicial; por outro lado, se o processo legislativo é um método satisfatório de resolver tais discordâncias, então por que se precisa de revisão judicial?<sup>81</sup>

Para Waldron, o método do processo legislativo por decisão de maioria envolve um compromisso de igualdade e respeito para com as pessoas, porquanto cada uma tem o mesmo valor na deliberação coletiva, o que lhe garante dignidade e autonomia na arena política. Além disso, o resultado da decisão não implicaria afirmar uma resposta certa ou errada, mas apenas o lado que venceu e o lado que perdeu. Fato este que coloca a decisão majoritária como um procedimento de tomada de decisão respeitável na resolução das circunstâncias políticas, que enfatiza a tolerância ao dissenso.<sup>82</sup>

Waldron coloca que a democracia é um valor a ser protegido porque reconhece a igualdade básica a todos os cidadãos e a sua capacidade para tomar decisões autônomas ou deliberar com os outros cidadãos, em igualdade de condições procedimentais, que estão em desacordo sobre qual a melhor resposta para o problema. Então, pergunta-se para questionar o argumento de Waldron: qual o caminho que conduz do igual respeito para as legislaturas majoritárias?

Embora a proposta central de Waldron esteja no argumento de que as legislaturas são as arenas para a resolução dos desacordos insolúveis, ele tem ciência de que para afirmar a validade de sua tese, deve infirmar os argumentos levantados a favor do controle judicial de constitucionalidade. E aqui a resposta sustentada por Waldron está calcada no mesmo

---

<sup>80</sup> WALDRON, Ibid., p. 170/174.

<sup>81</sup> POSNER, Richard A. Review of Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*. **Columbia Law Review**, vol. 100, pp. 582/592, 2000. p. 584.

<sup>82</sup> WALDRON, *Derechos y desacuerdos...*, p. 133/138.

argumento democrático, tendo em vista que ele considera que o respeito e a autonomia dos indivíduos deveriam impor um sistema institucional compatível com o predomínio da vontade da maioria, e não uma instituição desenhada para refutá-la.

Contra a instituição do controle judicial de constitucionalidade, como resposta satisfatória, Waldron argumenta que, bem vistas as coisas, o processo judicial é muito semelhante ao legislativo, porque adota igualmente o método da votação e da regra majoritária para a resolução dos desacordos, que são inevitáveis na arena jurisdicional, em razão das diferenças interpretativas e das divergências sobre justiça e direitos. Ademais, no espaço da deliberação judicial, a substância do debate político e dos direitos é sempre afastada por questões técnicas, sejam elas procedimentais - como a forma e o tempo como ocorrem os debates entre os juízes, conforme crítica feita por Richard Posner -, <sup>83</sup> sejam elas referentes às questões processuais e aos pormenores conceituais interpretativos. <sup>84</sup>

Waldron ainda traz o argumento pragmático quanto à real efetividade do controle judicial de constitucionalidade para a tutela dos direitos, a partir da experiência democrática da Inglaterra e Nova Zelândia, nas quais se constata igual capacidade de proteção de direitos àquela verificada nos Estados Unidos.

Waldron não é ingênuo ou cínico quanto aos problemas e virtudes do processo legislativo. Um dos pontos fortes do argumento sustentado pelo autor é que ele reconhece e mesmo identifica os defeitos deste sistema e a corrupção que ele pode envolver, refutando a tese da bondade dos interesses de grupos. Isso fica claro na defesa que Waldron faz do processo legislativo não pelo resultado que ele produz, que de fato é produto da soma entre barganha e votação, mas do procedimento inerente a ele que assegura o respeito às diferenças de opinião e o direito à participação - que para o autor é o direito dos direitos. <sup>85</sup>

A respeito da tese defendida por Jeremy Waldron, Christopher Eisgruber levantou algumas contestações fortes para a desconstrução da validade dos argumentos a favor do

---

<sup>83</sup> POSNER, *Review of Jeremy Waldron...*, p. 584.

<sup>84</sup> Waldron defende que o argumento de que a deliberação judicial é o espaço mais adequado e participativo para o desenvolvimento do debate público e a construção da razão pública, tal como pensado por Ronald Dworkin, é falso. Traz como exemplo, a discussão sobre o aborto: “Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelandia, donde no están constitucionalizados, como en los Estados Unidos, y quizás lo sean más, porque dichos debates no están contaminados por subterfugios sobre como interpretar el texto de un documento del siglo XVIII. En ocasiones es libertador ser capaz de discutir directamente cuestiones como el aborto, sobre los principios que deberían estar en juego, más que tener que dar varios rodeos para construir dichos principios a partir del fragmento de un texto sagrado, en un ejercicio tendencioso de caligrafía constitucional”. WALDRON, *Derechos y desacuerdos...*, p. 346.

<sup>85</sup> WALDRON, *Derechos y desacuerdos...*, p. 19-146. Na primeira parte de sua obra Waldron dedica-se à construção de uma teoria da dignidade da legislação, com base na sua estrutura e detalhes institucionais.

processo legislativo (maioria como regra da tomada de decisão coletiva) como método satisfatório para a resolução dos desacordos.<sup>86</sup> Para a defesa do seu raciocínio, Eisgruber primeiro identificou duas vertentes principais dos argumentos sustentados por Waldron e, a partir daí, esboçou uma objeção à vertente mais forte, especificamente ao fato de que Waldron subestima a complexidade institucional do autogoverno constitucional.

Eisgruber afirma que o primeiro argumento sustentado por Waldron é o de que os desacordos profundos, existentes na sociedade, impõem uma obrigação de neutralidade em governos democráticos. Logo, os procedimentos de votação majoritária seriam desejáveis porquanto neutros e igualitários no tratamento dos indivíduos, como centros autônomos de responsabilidade e decisões. Para Eisgruber, o argumento de Waldron surge mais claramente na passagem em que responde à crítica de Charles Beitz. Isso porque tal autor acreditava que as inferências de igual respeito e consideração, no processo de tomada de decisão por maioria, refletem uma compreensão insatisfatória do que significa o princípio de igual respeito, por deixar de fora considerações substantivas sobre o conteúdo do resultado político, afinal igual respeito refere-se a como o indivíduo é tratado, e não ao procedimento usado para a tomada de decisões.<sup>87</sup>

Em resposta, Waldron alega que, mesmo que a maioria das pessoas apoie o argumento de Beitz, esta posição é inutilizável na sociedade, caracterizada por desacordos profundos e inelimináveis, justamente pelo fato de existirem desacordos sobre o que conta como um resultado substantivamente respeitoso, ainda que haja convergência sobre o caráter substantivo do significado de igual respeito. Waldron ainda acrescenta que colocar o resultado substantivo no procedimento implica necessariamente privilegiar uma visão controversa sobre o respeito e, por conseguinte, deixar de respeitar os outros. Desse modo, o método procedimental da decisão majoritária se apresenta como o melhor para se garantir o igual respeito.<sup>88</sup>

Eisgruber critica o argumento de Waldron. Nesse sentido, alega ser verdade que qualquer concepção de justiça processual será controversa e, consequentemente, irá privilegiar uma posição sobre os outros. Contudo, isso não quer dizer que a regra da maioria constitua o método mais satisfatório, porquanto, ao contrário do que se defende, não é um método neutro entre as concepções de "igual respeito". O apoio à regra majoritária não é suficiente para evitar o privilégio de uma posição sobre outras concorrentes.<sup>89</sup> Na verdade, nas situações de profundos

---

<sup>86</sup> EISGRUBER, L. Christopher. Democracy and disagreement: a comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement. *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 6, n.º 1, pp. 35/47, 2002.

<sup>87</sup> EISGRUBER, *Democracy and disagreement*..., p. 37.

<sup>88</sup> EISGRUBER, *Democracy and disagreement*..., passim.

<sup>89</sup> EISGRUBER, *Ibid.*, p. 38.

desacordos, é um equívoco a suposição de que qualquer procedimento seja neutro, a escolha por um procedimento (regra da maioria, por exemplo) já implica a preferência por algum elemento.

Como afirmado por Eisgruber, Waldron, quando debate com a teoria de Dworkin, admite não ser o método da regra majoritária neutro com relação aos outros procedimentos democráticos de tomada de decisão. Contudo, na perspectiva do autor, Waldron, ao descartar o argumento da neutralidade da regra majoritária, endossa conclusão igualmente desinteressante. Isso porque Waldron afirma que se a neutralidade não é possível como critério de escolha do procedimento democrático, não é preciso que se escolha procedimentos com fundamento na legitimidade democrática. Deve-se escolher, então, entre opções fundadas em considerações pragmáticas sobre as quais se pode contornar as circunstâncias a cada decisão. Argumento que afasta a validade da neutralidade da regra majoritária como razão suficiente para a escolha do processo democrático, tal como Waldron afirma.<sup>90</sup>

O segundo argumento forte, sustentado por Waldron, na visão de Eisgruber, que não depende do argumento da neutralidade da decisão por maioria, é no sentido de que o âmbito e o conteúdo dos direitos individuais devem ser assuntos para o procedimento de tomada de decisão democrática, fato este que requer necessariamente uma supremacia legislativa.<sup>91</sup>

A reivindicação de Waldron, de que as pessoas têm o direito de governar a si mesmas no que diz respeito às questões de justiça, é controversa, mas também é, no entender de Eisgruber, um argumento forte, porque leva em conta os indivíduos como centros autônomos de inteligência, com capacidade de deliberação e decisão sobre as questões mais importantes, e não somente sobre questões menores. Consideração que é a essência da própria democracia. Todavia, Eisgruber coloca que esta resposta não pode ser o final da história, porque dizer que o povo deve governar a si mesmo é importante, mas o povo não significa legislatura, a qual pode assumir a forma de governo aristocrata, eleita por alguns do povo e não pelo povo considerado em sua totalidade.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> De acordo com Eisgruber: “But why should we accept this depressing diagnosis? The impossibility of neutrality does not mean that there is no best answer to the questions that divide us. It means only that each of us must act on the basis of some controversial understanding about what to do and how to proceed. All of us must argue for one choice or another on the merits, realizing that our recommended position will inevitably be controversial, not neutral.<sup>13</sup> Disagreement thus rules out the possibility of easy, consensual answers, but it does not give us any reason to abandon our principles.” Ibid., 38.

<sup>91</sup> EISGRUBER, Ibid., p. 39.

<sup>92</sup> “Yet, that cannot be the end of the story. Waldron’s powerful claim is that the people ought to govern themselves on the basis of their own judgments about justice and other things. But ‘the people’ is not the same thing as ‘the legislature’. National legislatures are tiny, elite bodies; there are more than 260 million Americans, but only 535 members of Congress. The vast majority of Americans have no hope of ever mounting a credible congressional campaign. That is why Aristotle, in *Politics*, said that electing officials was an aristocratic form of government; he

Considerar que a legislatura produz a reflexão do que o povo pensa a respeito dos desacordos e, por isso, é capaz de tomar as decisões políticas em seu lugar, é olvidar as características elitistas das legislaturas, bem como a complexidade institucional do autogoverno.<sup>93</sup>

Neste ponto, pertinente o argumento sustentado por Eisgruber, no sentido de que se a crítica de Waldron à instituição do controle judicial de constitucionalidade está no fato de que as pessoas, neste procedimento, não têm o direito ao voto ou à defesa de suas escolhas políticas, e é verdade, o mesmo pode ser afirmado em face das legislaturas. Porquanto nestas o cidadão também não tem direito ao voto, mas apenas o direito de votar em alguém para representar suas escolhas morais e políticas. Assim, a resposta da legislatura majoritária é igualmente inválida em face das mesmas premissas levantadas por Waldron.<sup>94</sup>

O contra-argumento exposto por Eisgruber é tomado a partir da complexidade institucional do autogoverno. Ele justifica que esta complexidade institucional oferece um aparato procedimental que permite a realização do princípio democrático tão defendido por Waldron. No entanto, para aceitar essa gama institucional, faz-se necessário perceber a insuficiência do argumento de Waldron de que a legislatura é o corpo político mais sensível e legítimo para traduzir as reflexões do povo, uma vez que o povo não necessariamente participa do processo de escolha dos representantes parlamentares, porque quem participa das eleições para a composição da legislatura é o eleitorado, termo técnico que não abarca todos os indivíduos integrantes de uma comunidade política (aqui, mais uma vez, deve-se perceber o caráter elitista e simplista do parlamento).<sup>95</sup>

Em outras palavras: o sistema eleitoral, enquanto instituição política com complexidades, limita as escolhas de representantes do povo e o acesso do próprio povo à efetiva representação no parlamento. Basta ver quando se está diante de sistemas eleitorais formados a partir de uma premissa bipartidária, que oferece à sociedade duas possibilidades de escolhas políticas, excluindo a possibilidade de que qualquer indivíduo possa defender suas posições morais, de justiça e de política preferidas.<sup>96</sup>

---

recognized that only elites would win elections (according to Aristotle, true democracies choose public officials through lotteries that give everybody an equal chance to serve in the government).” EISGRUBER, **Democracy and disagreement...**, p. 40.

<sup>93</sup> Cf., ELSTER, Jon. Tyranny and brutality of the majority. ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 159-176.

<sup>94</sup> WALDRON, **Derechos y desacuerdos...**, p. 41.

<sup>95</sup> EISGRUBER, **Democracy and disagreement...**, p. 42.

<sup>96</sup> “The electoral system thus encourages voters to act upon their self-interest and it makes legislators dependent upon these expressions of self-interest. (...). Nevertheless, after one realizes that legislatures are sensitive to the electorate and that the electorate is not simply equivalent to the ‘people’, but rather consists of voters who have (by virtue of their office as “voters”) particular incentives, one can ask the question: “Might legislators be—under



Compartilha-se nesta pesquisa a objeção levantada por Christopher Eisgruber, referente às complexidades institucionais do autogoverno e os problemas que a legislatura majoritária apresenta para a adequada representatividade democrática de uma comunidade política. Com mais razão ainda quando a comunidade é essencialmente heterogênea.

Objeção ratificada com o resultado da pesquisa empírica realizada por Arend Lijphart quanto à variável do sistema eleitoral, na medida em que se constatou ser a ausência de identificação necessária entre a regra majoritária simples ou absoluta e a maioria dos eleitores votantes. Isso porque, como afirmado acima, o desenho institucional do sistema eleitoral majoritário, na verdade, não confirma a expressão majoritária real dos decisores, mas, sim, uma maioria fabricada pelos artifícios e técnicas desse sistema.

Com efeito, o argumento da legislatura majoritária como o procedimento mais adequado para a resolução dos desacordos morais e políticos, em conformidade com a regra democrática e o autogoverno constitucional, não é tão simples. Embora, historicamente aceita, deixa de lado aspectos importantes quanto às peças e engrenagens da democracia majoritária, como a questão da representação das minorias e dos grupos sociais no processo político majoritário, da maioria fictícia representada nesse processo e da concentração de poder nas mãos de um governo unitário e centralizado.

A instituição do controle judicial de constitucionalidade, bem vistas as coisas, serve como um autêntico instrumento de bloqueio da atuação da falsa maioria (ou da "maioria fabricada"), na medida em que atua como mais uma instituição disponível no sistema político para dividir o poder e as responsabilidades que formam o governo, e impor limites à autoridade política frente aos direitos fundamentais assegurados na Constituição escrita.

Como bem afirmado por Christopher Eisgruber, o controle de constitucionalidade é uma boa maneira, conquanto não seja o único caminho (tampouco a melhor técnica procedimental), para aumentar a capacidade das pessoas de governarem a si mesmas no que diz respeito às questões fundamentais sobre justiça.<sup>97</sup> Ou seja: “há razão para perguntar se o nosso governo torna-se mais representativo e mais democrático, se o julgamento dos legisladores é complementado pelo julgamento de outras instituições menos sensíveis às pressões eleitorais”.<sup>98</sup>

---

some circumstances and for some issues—relatively poor representatives of the people?” And, more to the point, one can then ask, “Might we sometimes do better by substituting other representative institutions in place of legislators, at least with regard to some issues?” EISGRUBER, *Ibid.*, p. 43.

<sup>97</sup> EISGRUBER, *Democracy and disagreement...*, p. 45.

<sup>98</sup> Tradução livre de: “And consequently there is reason to ask whether our government becomes more representative, and more democratic, if the judgment of legislators is supplemented by the judgment of other institutions less sensitive to electoral pressure.” EISGRUBER, *Ibid.*, p. 44.

Entende-se que, ao contrário do que sustenta Waldron, a divisão de poder e responsabilidade política entre Constituição, instituições independentes e democracia representativa não se resume a mera questão da resolução do procedimento de tomada de decisão por votos e regra majoritária (o que, de fato, também é um problema a ser considerado e analisado). Vai além, porquanto permite que a minoria tenha acesso ao palco político de discussões, no qual a regra majoritária fora insuficiente e desproporcional. Ora, o problema da desproporcionalidade da regra majoritária simples ou absoluta é argumento que ataca o centro da proposta teórica defendida por Waldron, porque invalida a concretização do princípio do igual respeito e do direito à participação, notadamente nas sociedades heterogêneas.<sup>99</sup>

Cumprе assinalar que as premissas dos desacordos morais existentes na sociedade são compartilhadas, aqui, todavia, esses desacordos não se limitam às questões de justiça, espalhando-se por inúmeros outros segmentos da política. O problema é perceber que a forma de resolução desses desacordos satisfeita com o método do processo legislativo, fundado na regra majoritária, não considera a complexidade que a instituição do autogoverno constitucional implica.

Ainda quanto ao ponto, importante argumento teórico a ser trazido é o fato de que mesmo no chamado modelo democrático consensual, no qual o sistema eleitoral é praticado por meio da representação proporcional, método este que ameniza, e muito, as diferenças representativas, há a necessidade, na dimensão federal-unitária, da existência das variáveis institucionais da Constituição e do controle judicial de constitucionalidade, porquanto as dimensões executivos-partidos e federal-unitário são um conjunto em busca do melhor e mais qualitativo desempenho democrático.

A ideia de atribuir-se a um único soberano absoluto (no caso de Jeremy Waldron à legislatura majoritária) o poder concentrado para garantir as resoluções das disputas sociais e a paz é um argumento hobbesiano clássico, que pressupõe uma sociedade homogênea, na qual a regra majoritária pode se apresentar como o processo democrático político mais adequado e efetivo.

Nesse contexto argumentativo, pode-se localizar a principal crítica feita por Christopher Eisgruber ao trabalho de Jeremy Waldron, qual seja, a combinação entre instituições legislativas e não-legislativas é mais democrática e efetiva do que o sistema puramente legislativo. Bem

---

<sup>99</sup> Sobre a abordagem ideal da regra majoritária, Pasquale Pasquino assevera: “All that must induce us to relativize/discount the supposed role of Majority Rule as the paramount decision making rule of our democratic regimes. At the end of the institutional exploration based on empirical research, it might emerge as less significant that the large debate concerning its qualities and properties may induce us to believe.” **Majority rules: principles and practice...**, p. 222.

vistas as coisas, a crítica de Eisgruber é convergente com o resultado da pesquisa empírica de sistemas políticos de Arend Lijphart que, igualmente, aposta no modelo consensual de democracia, o qual é marcado pela interação entre diversas instituições na divisão do poder e responsabilidades.<sup>100</sup>

Ainda, com relação ao argumento do pedigree democrático para a legitimidade dos tribunais constitucionais, faz-se necessário anotar que outras instituições políticas independentes e alheias ao sistema eleitoral são competentes e efetivas no processo de tomada de decisões e criação de políticas públicas.

Que instituição é essa? O banco central. A presença dos bancos centrais, enquanto instituições independentes nas democracias consensuais, reforça o argumento de que a questão do pedigree democrático pode ser uma escolha do povo por processo de tomada de decisão democrática que não envolva o procedimento de votação majoritária, e que a opção por pessoas com conhecimentos técnicos é mais desejável para o exercício desta função institucional. As pessoas podem aceitar essas estruturas para garantir uma adequada quantidade de isolamento, de modo que a instituição será mais suscetível de agir como o povo a longo prazo. Como John Ferejon afirma, as pessoas podem ter o interesse em escolher constituir uma instituição isolada, por meio de legislação ordinária. Todavia, *"se elas têm o direito de fazer ou não é uma questão de desempenho institucional comparado. Será que o banco central, assim constituído, opera melhor ou pior do que uma instituição menos isolada?"*<sup>101</sup>

Como visto, neste trabalho, Arend Lijphart responde a essa pergunta, por meio de uma verificação empírica, afirmando que instituições autônomas e desvinculadas do Poder Legislativo, como o banco central, operam de forma mais adequada e mais eficiente.

Desse modo, não fica claro que há uma razão para argumentar contra o povo escolher alocar autoridade desta espécie na jurisdição constitucional. A comunidade política pode optar por inovações no desenho institucional constitucional para alcançar a finalidade da representação e construção das políticas públicas. Ou seja, é, igualmente, uma escolha feita pelo povo para regular seus próprios processos democráticos.

---

<sup>100</sup> Nessa linha de argumentação jurídica, é a justificação normativa oferecida por Pasquale Pasquino, para as democracias constitucionais e a aceitação da estrutura racional das cortes constitucionais, enquanto instituições que compatilham autoridade com órgãos legislativos, no processo de criação do Direito, a partir da reconstrução da ideia de governos mistos na ciência política, cf. **A political theory of constitutional democracy...**, passim.

<sup>101</sup> Tradução literal de: "In other words, the people may very well choose, through ordinary statutes, to establish an insulated institution. Whether they are right to do so or not is an issue of comparative institutional performance. Does the central bank, so constituted, operate better or worse than a less insulated institution?" FERREJOHN, **Constitutional review in global context...**, p. 55.

Nesse ponto, a observação proposta por John Ferejohn é precisa e provocativa, quando defende que a questão da alocação da autoridade legislativa não pode ser resolvida em abstrato, por métodos conceituais. Ao contrário, é mais apropriado decidir sobre essa alocação, a partir de uma análise real, considerando as variáveis da cultura, política, tempo e território, de como as instituições funcionam e em que medida são eficientes. Cada governo pode ter um desenho institucional de compartilhamento de responsabilidade próprio, decorrente da sua história e rechaço a algumas instituições que outrora não deram certo.<sup>102</sup> Fatos estes que são comprovados na análise comparada, exposta na descrição dos modelos de democracia proposta por Lijphart.

Nesse sentido, a ilustração proposta por Christopher Eisgruber mostra que, se Waldron viajasse pelo mundo de hoje, ele notaria que nenhuma democracia moderna se rege através de um modelo democrático puramente legislativo.<sup>103</sup> O controle de constitucionalidade dos atos normativos é um fenômeno em expansão global nas democracias. Por isso, compete reconhecer essas outras instituições (tribunais, banco central, conselhos municipais, agências reguladoras e tantos outros exemplos de divisão de poder), como mecanismos igualmente legítimos de governo democrático.

Com efeito, à luz da experiência da política comparada, o difícil é acreditar que a única forma verdadeiramente democrática de governo é uma versão de governo puramente legislativo que quase nenhuma comunidade política adota. A base teórica do argumento de Jeremy Waldron, certamente, não é implausível; todavia, a base empírica demonstra o contrário.

#### 1.4 DEBILIDADES DA DEMOCRACIA CONSENSUAL: AS PEÇAS NECESSÁRIAS PARA UMA ADEQUADA ENGRENAGEM DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL

A crítica feita por Jeremy Waldron de que a teoria constitucional e a teoria do direito contemporâneas estão predominantemente voltadas para o estudo das estruturas do raciocínio judicial, para o desenho institucional e para a atuação das cortes jurisdicionais ou dos tribunais constitucionais, e cegos para quase todo o resto dos problemas que envolvem o Estado

<sup>102</sup> FEREJOHN, Ibid..., p. 54-55.

<sup>103</sup> “Yet, ‘Bartolus of Sassoferrato’ is such a charming and euphonous name that I cannot resist mentioning him. According to Waldron, Bartolus lived back in the fourteenth century—around 1350 or so— when legislatures were novel institutions and legal theorists believed that legislation was an illegitimate form of law. Bartolus traveled around Italy, noticed that legislatures were common, and decided that a good theory of law should accommodate this fact. Waldron praises Bartolus for recognizing that “when legal doctrine appears to contradict stable and well-established facts, it is sometimes the legal doctrine not the facts that ought to be modified. Yet if Bartolus were to travel about the world today, he would notice that no modern democracy governs itself through a model so purely legislative as what Waldron seems to prefer.” EISGRUBER, **Democracy and disagreement**..., p. 47.

Constitucional Democrático, notadamente quanto à estrutura e detalhes institucionais necessários para o desempenho adequado e efetivo das legislaturas, é um ponto relevante, provocativo e verdadeiro.

Com efeito, os grandes debates acadêmicos constitucionais e discussões mais recentes, no campo da Filosofia e Teoria do Direito, têm como centro de objeto a jurisdição constitucional e a argumentação jurídica, deixando de lado as preocupações circundantes e necessárias ao bom desenvolvimento das instituições legislativas. Deixa-se de lado o potencial de legitimidade e efetividade das legislaturas ao argumento de que estas são representativas de grupos de interesse, sem a construção de uma teoria democrática que coloque a estrutura política e técnicas do processo legislativo no centro, a fim de aperfeiçoá-las.<sup>104</sup> Reduzida, também, é a agenda de pesquisa voltada, para o processo decisório internos dos tribunais, de como o Direito é produzido por essas instituições não-eleitas.<sup>105</sup>

Como visto, na abordagem empírica e teórica proposta por Arend Lijphart, o modelo de democracia consensual é composto de duas dimensões: a executivos-partidos, voltada para o campo das legislaturas e executivo, e a federal-unitária, centrada na divisão institucional dos poderes e responsabilidade entre atores políticos representativos e não eleitos, de modo que para que uma democracia constitucional funcione com o melhor desempenho quantitativo qualitativo na eficiência, não basta ter um sistema de controle judicial bem desenvolvido, antes, deve, também, ter um sistema eleitoral e seus consectários bem delineados, a fim de proporcionar a melhor representatividade política e melhor dispersão e descentralização do poder e responsabilidades governamentais.

<sup>104</sup> Cf. GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

<sup>105</sup> A agenda de pesquisa sobre o processo decisório internos das cortes constitucionais, bem como o modo colegiado de deliberação argumentativa, teve seu desenvolvimento iniciado nos anos 2000, cf., FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, vol. 82, 1671-1704, 2004; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards a institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Amsterdã: Springer, 2003; PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009; LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations: a comparative analysis of transparency and legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2009. JAKAB, András; DYEVE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio. **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014. No direito brasileiro, sobre o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal cf. MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. P. 337-361; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, p. 197-227, 2009; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n.º 3, p. 557-584, 2013.

Outro ponto, que exige o compromisso de uma nova agenda de pesquisa, é o processo decisório no qual se desenvolve o controle jurisdicional de constitucionalidade e a identificação do desenho institucional convergente com os objetivos pretendidos por uma corte suprema ou constitucional. Em outras palavras, conquanto a figura do controle jurisdicional de constitucionalidade seja uma peça necessária na engrenagem democrática constitucional, por certo, que o modelo que se tem na ordem contemporânea é insuficiente para atender aos melhores padrões democráticos e mesmo constitucionais. E aqui, mais uma vez, a pertinência das críticas de Waldron, notadamente a objeção feita quanto à semelhança entre os processos judicial e legislativo de tomada de decisões, na medida em que ambos adotam o método da votação (contagem de cabeças) e da regra majoritária estreita para a resolução dos desacordos.

Com efeito, o método da votação e da regra majoritária no processo deliberativo e decisório da jurisdição constitucional é um problema, por dois motivos. O primeiro tem a ver com a ausência ou déficit do desempenho deliberativo intracorte, que é verificado a partir dos estilos das decisões judiciais tomadas e da forma como está disposto o desenho institucional da colegialidade interna. Isto é, se os votantes integrantes do espaço estão, realmente, contribuindo para um adequado debate na construção da razão pública.<sup>106</sup>

O segundo motivo relaciona-se com a justificação do método da regra da maioria estreita para a resolução dos desacordos argumentativos e definição da interpretação jurídica a ser adotada como vinculante para a comunidade jurídica, bem como para a invalidação dos atos normativos. Existem diversas justificativas utilizadas para a configuração dos diferentes tipos de regra de decisão por maioria nos âmbitos legislativos e eleitorais, contudo, poucas razões sobrevivem à transferência dessa configuração para o âmbito jurisdicional. Ao lado dessa justificação, faz-se necessário o trabalho de elaboração de uma tipologia ou um modelo único do método de tomada de decisão que coloque em xeque a complexidade que o panorama político e jurisdicional apresenta, com suas nuances institucionais a depender de qual arena coletiva se aborda.

É preciso analisar os diferentes contextos de tomada de decisão coletiva (política, jurisdicional e dentro do espaço jurisdicional o tipo de corte colegiada, se voltada para a reforma

---

<sup>106</sup> Na literatura jurídica brasileira contemporânea, este problema é tratado por Conrado Hubner Mendes. Partindo da premissa de que na maioria das democracias contemporâneas foi atribuído aos tribunais constitucionais o papel central da aplicação dos direitos fundamentais, bem como a imagem de espaço mais sofisticado da política democrática, por estarem isolados da competição eleitoral, Conrado tem por objetivos na sua pesquisa: fornecer a primeira análise sustentada da alegação de que os tribunais são superiores às legislaturas como um fórum de deliberação racional; introduzir a teoria deliberativa e suas implicações para o desenho institucional das Cortes Constitucionais; propor uma nova maneira de entender a legitimidade da revisão judicial no âmbito da teoria deliberativa. Para detalhes dos argumentos, ver MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional courts and deliberative democracy**..., passim.

do caso concreto ou para a criação de precedentes judiciais e exercício do controle de constitucionalidade), a partir dos princípios e funções que os informam, bem como as diferentes regras de votação no processo decisório, a fim de se verificar a técnica mais adequada. Não se trata, portanto, de excluir totalmente a regra majoritária da tomada de decisão colegiada jurisdicional, mas, antes, de reconhecer o processo deliberativo interno da corte constitucional como um problema que deve ser resolvido em conformidade com as funções exigidas para esse tipo de tribunal.<sup>107</sup>

A fim de ilustrar o problema, indaga-se: se no modelo de democracia constitucional ao Legislativo exige-se maioria qualificada no processo democrático de tomada de decisão para a reforma da Constituição, enquanto que na jurisdição constitucional no processo democrático de reforma da Constituição, por meio da interpretação, é exigida maioria estreita, há incoerência normativa nessa assimetria procedimental dentro da estrutura constitucional? Levando em consideração que os tribunais atuam como complementos da falha de deliberação democrática nas legislaturas, não deveria, com mais razão, ser-lhes exigidas maiorias qualificadas?

Pensando o problema acima mencionado na perspectiva da teoria dos diálogos interinstitucionais, e, a partir da relação da interpretação constitucional entre os poderes Legislativo e Judiciário, a situação é agravada, porque a lógica posta neste procedimento é exigir do Legislativo a tomada de decisão por uma maioria qualificada (emenda constitucional) para alterar o resultado de uma decisão majoritária estreita, tomada por uma instituição que é essencialmente antimajoritária (decisão tomada pela corte), pelo menos na experiência brasileira.

De outro lado, levando em consideração o desenho constitucional brasileiro, que tem como um de seus valores a tutela da presunção de constitucionalidade e, por conseguinte, a deferência ao legislador, será que a deliberação resolvida por uma maioria absoluta, que implica um resultado por maioria estreita (como decisão por cinco a quatro ou seis a cinco), acerca da interpretação constitucional adequada para a resolução do problema, não configura uma situação de dúvida razoável, a qual exigiria uma resposta em favor da deferência ao legislador, haja vista que se trata de uma opção político-majoritária?

Outra debilidade das peças de engrenagem da jurisdição constitucional tem a ver com a forma de acesso. Ora, se o controle judicial de constitucionalidade funciona como uma instituição separada que divide o poder com o legislativo, atuando como outro processo de

---

<sup>107</sup> Esse problema da justificação da regra majoritária no espaço do processo judicial foi enfrentado por Jeremy Waldron em um estudo recente e específico, para uma análise dos argumentos ver, **Five to four: why do bare majorities rule on courts?**... p. 1692-1730.



representação democrático da política, deve-se, então, permitir o acesso das minorias bloqueadas no sistema eleitoral. Assim, a legitimidade para ao ajuizamento das ações deve ser ampla e não estar restrita aos corpos políticos federativos e representativos de classe. A definição sincera e com fidelidade institucional sobre o que uma corte constitucional faz é desenhada a partir da identificação de quem acessa essa corte, fora dessa abordagem há apenas retórica.<sup>108</sup>

Em resumo: se ninguém duvida, no panorama atual dos sistemas políticos e jurídicos, da necessidade e importância da jurisdição constitucional, ainda há muito que se pensar acerca das peças e engrenagens do desenho institucional desta variável, com o fim de garantir o máximo desempenho representativo e efetivo desta instituição, tarefa principal desta pesquisa.

---

<sup>108</sup> Nada obstante a retórica constitucional de legitimidade das Cortes Supremas para o exercício do controle da legitimidade dos atos normativos e, principalmente, da tutela dos direitos fundamentais, ou seja, da sua função institucional contramajoritária, de representação da voz das minorias, os dados coletados da prática jurisdicional revelam outra realidade. O acesso maior às Cortes não se dá pelos grupos minoritários, mas sim pelos atores políticos e de representação de grupos, cujo interesse predominante reside na tutela de uma agenda corporativista. Nesse sentido, foi o resultado de uma pesquisa empírica levado a cabo por um grupo de pesquisadoras da Universidade Nacional de Brasília –UNB, na qual foram analisadas todas as ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas no período de 1988 até 2012. A pesquisa somente levou em consideração as ações que tiverem o mérito julgado, como forma de obter informações sobre o que efetivamente foi julgado pelo STF, e não o que foi protocolado. O resultado da pesquisa demonstra que apenas 27% das ações julgadas nesse período resolveram questões de direitos fundamentais. O restante do percentual tratou de problemas relacionados ao federalismo, haja vista a alta demanda dos Estados no sentido de disputa das competências. Ver, COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (coord.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. (Abril 1, 2014). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>. A pesquisa tratou apenas das ADIs em sede de controle concentrado, ficando de fora os processos de ADPF e recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida. Todavia, o alerta quanto ao desenho institucional na forma de acesso à jurisdição constitucional brasileira deve ser feito e uma agenda de pesquisa deve voltar sua atenção para este objeto, notadamente pela busca de um constitucionalismo mais difuso, que é o caminho que se apresenta mais “aberto”.

## 2 JUSTIFICAÇÕES NORMATIVAS NA TEORIA E PRÁTICA DAS MAIORIAS COMO REGRA DE DECISÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

### 2.1 MECANISMOS DE TOMADA DE DECISÃO COLETIVA

A literatura constitucional sempre esteve voltada para dois problemas principais: a justificação dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional.

A teoria dos direitos fundamentais foi amplamente discutida e desenvolvida, tendo recebido contribuições das mais variadas áreas do Direito. Desde a dogmática constitucional até a jurisprudência dos tribunais internacionais, notadamente da Corte Europeia dos Direitos Humanos, a matéria foi objeto de reflexões e trabalhos doutrinários, passando pelos aportes teóricos da Filosofia e Teoria do Direito, que, para além de uma teoria geral dos direitos fundamentais, adentrou na prática argumentativa dos tribunais, decorrente da atividade de interpretação e aplicação desses direitos, a fim de oferecer uma conta adequada da justificação da decisão constitucional.

De outro lado, a legitimidade da atuação de uma instituição contramajoritária e de perfil técnico-especializado, que tem por propósitos principais invalidar atos normativos, decididos na arena política-majoritária, de caráter representativo da autoridade do povo, e tutelar direitos fundamentais, foi amplamente discutida pela dogmática constitucional, filosófica (política e jurídica) e processual.

Em face desse cenário, o problema de como funciona o processo de aplicação e construção interpretativa da Constituição foi menos discutido, revelando a impressão de que o desenho institucional decisório não foi maturado e refletido dogmaticamente o suficiente para tornar o processo deliberativo um instrumento útil, para a análise teórica de uma nova realidade jurisdicional.

No contexto jurídico contemporâneo, em que as cortes supremas assumem o papel de atores políticos no jogo institucional, com repercussão na atividade de produção e estabilização do Direito, em atividade de compartilhamento de autoridade com o legislativo,<sup>109</sup> fica claro que a forma de deliberação e resolução dos conflitos intracorte, por meio da técnica da votação,

---

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014; PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

assume importância, na medida em que o procedimento deve ser rígido o suficiente para constranger as atividades dos tribunais na direção dos resultados que os justificam.<sup>110</sup>

Obedece-se ao Direito e às instituições, na condição de fontes de autoridade e regulação do comportamento da sociedade, não porque se considera “bom”, mas sim por causa do procedimento adotado, que se entende ser apropriado para o exercício da função de imposição de limites aos indivíduos e à democracia majoritária. Melhor explicando: obedece-se e respeita-se a autoridade das instituições porque o procedimento que as legitima se apresenta como racional, por conseguinte, aceitável.

Assim, a forma da deliberação e da tomada de decisão, ou seja, como as cortes fazem o que fazem, apresenta-se decisiva, na medida em que as decisões são o instrumento de fala das cortes para a sociedade. Revela-se um problema profundo do sistema político brasileiro, a falta de debate e conhecimento sobre as questões decorrentes desse desenho institucional, que pode se tornar defeituoso.

A respeito do mecanismo de tomada de decisão coletiva e colegiada, no âmbito dos tribunais constitucionais, percebe-se certo desequilíbrio na agenda de pesquisa sobre a jurisdição constitucional. Essa desproporção é identificada com os novos aportes teóricos recebidos pela literatura jurídica nacional e comparada, concernentes às práticas e técnicas internas do processo decisório, com o objetivo de levantar o problema, até muito recentemente não considerado relevante o suficiente para uma pauta de investigação.<sup>111</sup>

A maioria dos contextos decisórios é composta de três fases: uma de colheita de informações sobre o problema posto para decisão; outra destinada à argumentação e troca de razões, que, por sua vez, pode assumir um caráter mais negocial e de barganha ou deliberativo; e uma terceira, decisória, com a finalização das discussões e a tomada da decisão que será vinculante, no mínimo, para os integrantes do corpo coletivo. Toda deliberação tem um fim, por meio da tomada de uma decisão.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> HIRSCHL, Ran. The “Design Sciences” and Constitutional “Success”. *Texas Law Review*, vol. 87, p. 1340-1374, 2009.

<sup>111</sup> FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards a institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Amsterdã: Springer, 2003; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 82, 1671-1704, 2004; PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009; MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>112</sup> MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy...**, passim.

Entende-se que todas as técnicas envolvidas no processo de tomada de decisão coletiva são igualmente importantes e merecem estudo específico, especialmente porque a agenda de pesquisa sobre elas ainda é incipiente na literatura jurídica brasileira.<sup>113</sup> Todavia, por questões de metodologia, foi escolhido um dos problemas que circundam a temática da tomada de decisão coletiva no âmbito da jurisdição constitucional. Trata-se do método de decisão bastante na regra de maioria. Os elementos que envolvem a deliberação, negociação e justificação da decisão serão abordados de passagem, quando estritamente necessários para o desenvolvimento do argumento principal da tese.

Da análise dos mais variados contextos decisórios (assembleia popular, parlamento, jurisdição, júri criminal<sup>114</sup>), verifica-se que as regras de decisão variam entre o padrão de maioria - e suas variantes, tais como: relativa, absoluta e qualificada, unanimidade e consenso.

Com relação ao consenso, como regra de julgamento, Pasquale Pasquino afirma que é uma decisão que exclui o recurso à técnica do voto, fator que a distingue da regra de unanimidade. Em sua abordagem, o consenso seria o resultado de um compromisso, no qual os integrantes do órgão coletivo (multimembro) estariam engajados na busca da decisão, resultado

---

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamentos nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; LEITE, Fabio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, vol. 48, jan/jun, 2016, p. 139-166. MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 337-361; MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, 2009, p. 197-227; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n.º 3, 2013, p. 557-584; SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, 2015, p. 180-200; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.º 46, jan./jun. 2015, p. 121-155; ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (Ed.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 211-242. FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Eds.). **Onze supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Sobre uma perspectiva da análise empírica dos problemas da deliberação, negociação e votação no processo decisório do Supremo tribunal Federal, ver, OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, 2012, p. 89-115; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 20, 2012, p. 139-153.

<sup>114</sup> Sobre a questão do método de decisão nos tribunais do júri, ver, ELSTER, Jon. **Securities against misrule**: juries, assemblies, elections. New York: Cambridge University Press, 2013; THAYER, James. Law and fact injury trials. **Harvard Law Review**, vol. 4, n.º 4, 1890, p. 147-175; CAMINKER, Evan. Thayerian deference to congress and Supreme Court supermajority rule: lessons from the past. **Indiana Law Journal**, vol. 78, 2003, p. 73-122; LEIB, Ethan J. Supermajoritarianism and the american criminal jury. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 33, 2006, p. 141-196.

do acordo entre as argumentações diferentes postas na mesa de debate. Como exemplo, é o que ocorre no processo decisório levado a cabo na corte constitucional italiana.<sup>115</sup>

Nas democracias constitucionais, de maneira geral, a regra que termina o processo deliberativo parlamentar e cria decisões políticas, de caráter obrigatório a todos os indivíduos, submetidos à determinada comunidade jurídico-política, é a da maioria absoluta. Por sua vez, nos processos decisórios de escolha das autoridades políticas, que formarão o governo, a regra comumente adotada é a da maioria simples ou relativa. No contexto, das decisões tomadas no âmbito constitucional, com o objetivo de promover qualquer alteração no texto constitucional, as decisões são alcançadas por meio de maiorias qualificadas, as quais variam em cada sistema jurídico, podendo ser de dois terços, três quartos ou mesmo três quintos.

Para identificar a regra de julgamento mais apropriada a cada contexto decisório, é preciso ter conhecimento sobre os diferentes tipos de regras, suas propriedades e justificações. Essa questão da regra de julgamento ou procedimento de votação foi objeto de estudo de teóricos no campo da ciência política, ciência social e da teoria do estado, o que, com efeito, justifica-se porque a ordem social e a ordem estatal são corpos coletivos destinados a produzir decisões com caráter vinculante para todos os indivíduos submetidos a sua vontade.<sup>116</sup>

Desse modo, neste capítulo serão discutidas as principais justificações normativas e teóricas para os mecanismos de tomada de decisão coletiva nas democracias constitucionais que circundam a adoção da regra majoritária.

## 2.2 MAIORIAS COMO REGRA DE DECISÃO NA TEORIA: UMA DISCUSSÃO TEÓRICA A PARTIR HANS Kelsen E SAMUEL PUFENDORF

### 2.2.1 Regra da maioria por Hans Kelsen: argumento da liberdade e da igualdade políticas

Mesmo de posse das principais tomadas de posição científicas de Hans Kelsen, no âmbito da Teoria do Direito e do Estado, da filosofia política destinada à análise da democracia

<sup>115</sup> Sobre a corte constitucional italiana e seu processo decisório interno, método de deliberação e regra de julgamento ver BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian constitutional justice in global context**. Oxford: Oxford University Press, 2015; CASSESE, Sabino. **Dentro la corte**: diario de un giudice costituzionale. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2015; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principi e voti**: la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication, Italian style. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 294-316.

<sup>116</sup> PASQUINO, Pasquale. Condorcet, Kelsen e a regra da maioria. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A diversidade do pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 237-251, p. 238.

e suas implicações e aplicações e do direito internacional,<sup>117</sup> é fato que a literatura jurídica brasileira destinou mais atenção ao debate de Hans Kelsen como teórico do Direito e do Estado, deixando de lado discussões de Kelsen como filósofo da política.<sup>118</sup>

O conhecimento das teorias desenvolvidas por Hans Kelsen na literatura jurídica, com efeito, trava-se em grande parte pelos grandes debates ocorridos em torno da “Teoria Pura do Direito”, sua principal e mais influente contribuição teórica, marcada pela originalidade e sistematicidade de uma ciência descritiva do Direito.

Neste capítulo, em conformidade com o objetivo traçado para a presente tese, dialogar-se-á com o Kelsen filósofo da política, notadamente o teórico da democracia, cujos trabalhos não têm o propósito de se relacionar de forma direta com as teses elaboradas no âmbito da Teoria do Direito.<sup>119</sup> Ademais, acerca do tratamento teórico da questão da democracia, interessa, aqui, discutir o princípio majoritário, enquanto regra de decisão nesse regime político, a partir dos fundamentos e justificações desenhados por Kelsen. Desse modo, as demais questões sobre democracia, tais como, representação, soberania, parlamentarismo, estão, a rigor, fora do alcance investigativo, por serem matérias estranhas ao objeto de pesquisa.

O primeiro e pioneiro trabalho de Hans Kelsen dedicado ao problema da democracia foi publicado em 1920-1921, em um ensaio intitulado *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essência e valor da democracia*). Em 1929, Kelsen publicou a segunda edição desse ensaio, na qual desenvolveu outras ideias acerca da democracia, com uma revisão ampla daquela primeira versão.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> A preocupação externada por Hans Kelsen em seus trabalhos sobre a democracia, a partir de uma abordagem de natureza procedimental, concernente às questões processuais de formação da ordenação estatal, é, bem vistas as coisas, uma linha comum da sua agenda de pesquisa e interesse teórico. No campo do direito internacional, sua contribuição voltada para a adjudicação internacional, no plano da sua justificação e operacionalização, e para a organização e o procedimento decisório do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, assim confirma. Cf. KELSEN, Hans. Compulsory adjudication of international dispute. **The American Journal of International Law**, vol., 37, 1943, p. 397-406; KELSEN, Hans. Organization and procedure of the Security Council of the United Nations, vol. 59, **Harvard Law Review**, 1946, p. 1087-1121.

<sup>118</sup> Como observado por Giacomo Gavazzi, falta a elaboração de um balanço das discussões sobre democracia, parlamentos, regras majoritárias e órgãos coletivos propostas por Hans Kelsen em sua faceta como filósofo-político, agenda de pesquisa marcadamente pouco desenvolvida na cultura brasileira, quando comparado com Hans Kelsen teórico do direito. Cf., Introdução. In: **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993, passim.

<sup>119</sup> Os trabalhos teóricos elaborados por Hans Kelsen, dedicados ao estudo da filosofia política, tiveram como objeto central a questão da democracia e, posteriormente, as possíveis aplicações dessa teoria no campo do parlamentarismo e suas relações com outras áreas como religião, economia e psicologia. Cumpre assinalar, nesse ponto, que não cumpre nesta pesquisa elaborar uma formulação teórica no sentido da leitura conjunta da teoria jurídica e política de Hans Kelsen, como forma de desenvolver uma teoria jurídica-política do Estado de Direito, tarefa que está fora do corte metodológico empreendido e para além dos objetivos definidos.

<sup>120</sup> KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik**, vol. 47, 1920, p. 50-85. A segunda edição foi publicada em 1929, com ampla revisão do texto original, cf. KELSEN, Hans. **Vom Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 2ª ed., 1929. Não obstante essas edições originais, utiliza-se, aqui, a versão traduzida para o português com o título “Essência e valor



No ensaio *Essência e valor da democracia*,<sup>121</sup> Kelsen propõe-se a analisar dois objetos teóricos específicos, quais sejam: o que é a democracia e quais as razões pelas quais esse sistema é preferível às demais formas de organização política. Os objetivos delimitados residem em explicar o plano existencial dessa organização política e justificar os argumentos de sua preferência no plano filosófico-político. Essa tarefa teórica teve, como uma de suas premissas, a discussão sobre o princípio majoritário nas assembleias coletivas, notadamente seu fundamento e alocação enquanto regra de julgamento.

O regime político, para Hans Kelsen, consiste nas estruturas formais e procedimentais que permitem a organização e coordenação da ordem social, por conseguinte, o próprio desenho institucional da ordenação estatal. Em face dessa premissa, Kelsen define o regime político da democracia como uma técnica de criação da ordem jurídico-social, mediada pela vontade do povo, traduzida pela regra da maioria, que nada resolve sobre o conteúdo da norma estatal, sobre o justo ou o melhor conteúdo.<sup>122</sup>

Kelsen aborda a democracia sob duas dimensões: a ideal e a real. Nessas duas, os conceitos de liberdade e igualdade apresentam-se como valores essenciais para a estrutura da democracia e sua justificação. Todavia, sofrem um processo de ressignificação no processo de transformação da concepção democrática.

Essa abordagem em duas dimensões conceituais da democracia implica também justificação e aplicação distinta do princípio majoritário. Tanto é assim que Kelsen discute a regra da maioria em dois momentos distintos no seu ensaio, os quais implicam um quadro teórico igualmente diverso para essa regra. As concepções e propriedades da regra da maioria, enquanto regra de julgamento, portanto, transformam-se na medida em que se descolam do contexto da democracia ideal para a democracia real, em um processo que, como afirmado pelo autor, implica também a transformação conceitual dos valores da liberdade e igualdade.

---

da democracia”, cf. KELSEN, Hans. *Essência e valor da democracia*. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 40, n.º 107, out/dez, 1987, p. 63-128. KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 27-107.

<sup>121</sup> O livro “A democracia” é uma coletânea pioneira de textos filosófico-políticos de Kelsen, cuja publicação original foi a italiana, lançada em 1955, destinados ao estudo da teoria democrática, sem qualquer direcionamento de filosofia política, ou seja, são artigos que versam sobre o problema da democracia e não sobre a compreensão da democracia, a partir de perspectivas políticas de Estado. Em outras palavras, a abordagem da questão da democracia por Hans Kelsen, em seus escritos, está relacionada com a democracia enquanto técnica de produção da ordenação estatal, sem qualquer relação com o conteúdo das regras produzidas. Cf. GAVAZZI Giacomo. **Introdução...**, passim. O livro é composto tanto do ensaio original “Essência e valor da democracia”, originalmente publicado em 1929, quanto do ensaio “Fundamentos da democracia”, publicado em 1955. Neste último ensaio, Kelsen aborda outros temas que circundam a questão da democracia, como sua relação com a economia, a religião, a psicologia. Nada obstante o objeto desse segundo ensaio, é no primeiro ensaio que Kelsen desenvolveu a arquitetura da sua teoria democrática. KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

<sup>122</sup> KELSEN, **A democracia...**, passim.



Para dar uma significação coerente à empreitada conceitual, proposta por Kelsen, acerca do princípio da maioria no âmbito da democracia, é preciso distinguir que o autor atribuiu dois desenvolvimentos à regra da maioria no processo decisório democrático.

O primeiro desenvolvimento, atrelado à concepção da democracia ideal, fundamenta a regra da maioria no valor da liberdade positiva dos cidadãos de participarem da formação da ordem social e da ordem estatal, uma vez que a concepção negativa da liberdade apenas se realiza na ausência de qualquer dominação heterônoma. Nessa perspectiva, a participação política, como instrumento de satisfação do valor da liberdade positiva, é que justifica o princípio da maioria enquanto regra decisória, na medida em que a unanimidade caracterizaria o momento da anarquia, em que cada qual obedece à vontade individual, sem obediência a qualquer autoridade alheia.<sup>123</sup>

Dáí o problema da centralidade das regras de tomada de decisão em assembleias coletivas que representam, à primeira vista, um quadro de supressão da liberdade individual em nome de uma vontade heterônoma, que exige obediência e submissão. A natureza do indivíduo, em sua essência, protesta contra qualquer imposição de uma vontade alheia à sua, exigindo, para sua satisfação, uma definição negativa da liberdade, a qual se acomoda nos cenários de ausência de estado ou qualquer ordem coletiva, como a anarquia.<sup>124</sup>

Para Kelsen, diante da inevitabilidade de uma ordem social e, por conseguinte, de uma ordem estatal coercitiva, em face dos indivíduos, decorrente da complexidade das organizações sociais, faz-se necessário encontrar uma técnica que favoreça a máxima coincidência entre a autonomia individual e a heteronomia, de modo que os sujeitos, que devem obedecer à ordem estatal, sejam os mesmos que determinem o conteúdo dessa ordem. Em outras palavras, os indivíduos sujeitos às regras devem ser, o tanto quanto possível, os mesmos que detêm a legitimidade no seu processo de criação.<sup>125</sup>

Nessa perspectiva, a democracia realizar-se-ia, em sua forma máxima, quando as decisões fossem tomadas por unanimidade ou por maioria qualificada, uma vez que todos os sujeitos teriam sido considerados e respeitados na sua autodeterminação, quando da formação da vontade coletiva.<sup>126</sup> A unanimidade, portanto, se, de um lado, seria o método de votação

---

<sup>123</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 27-34.

<sup>124</sup> KELSEN, *A democracia...*, p. 28.

<sup>125</sup> Esse, inclusive, é o argumento que justifica a preferibilidade do regime político-democrático, em face dos demais, como monarquia e autocracia, porquanto permite que o indivíduo seja livre ainda quando submetido a uma ordem social, na medida em que exige sua participação no processo de criação daquela mesma ordem. A ordem estatal é o produto da vontade dos sujeitos submetidos a ela. KELSEN, *ibid.*, *passim*.

<sup>126</sup> Como afirma o autor: “Por isso, o princípio democrático da liberdade parece exigir que a possibilidade de uma decisão imposta à minoria se reduza ao mínimo; maioria qualificada, possivelmente unanimidade, são consideradas garantias da liberdade individual. Entretanto, a oposição dos interesses, é um dado da experiência,

mais próximo do ideal da liberdade positiva, de outro desconsidera o valor objetivo da ordem social em si mesma, independentemente da vontade individual, que é o elemento que caracteriza essa ordem. Isso porque a liberdade infinita, garantida na permanência da unanimidade coincidente com as vontades individuais, implica ausência de submissão e de desacordo entre autodeterminação e o Estado.<sup>127</sup>

Não obstante a primeira conclusão favorável à regra da unanimidade e da maioria qualificada como técnica decisória mais próxima e democraticamente necessária para a convergência entre liberdade individual e estatal, Kelsen refuta essa regra de decisão como a melhor na organização política-democrática real, por dois motivos principais: porque a unanimidade e a maioria qualificada são inadmissíveis do ponto de vista da experiência e porque a coincidência entre a liberdade individual e a vontade do Estado apenas ocorreria no momento da tomada de decisão, e não mais no momento posterior de sua vigência.<sup>128</sup>

A liberdade individual, nessa perspectiva, apenas residiria no momento anterior ao processo decisório, voltado para a produção da regra. No momento posterior, o sujeito deixaria de ter qualquer liberdade para contrariar sua vontade antecedente, na qual afirmou sua participação positiva, em nome do dever de obediência à ordem social e estatal criada. O problema, aqui, consiste em perceber a natureza dinâmica que caracteriza a relação autonomia-heteronomia, ou seja, em verificar o processo de transformação dos estágios da liberdade negativa em positiva, a depender da variável existência da ordenação social e estatal.

Nessa abordagem da democracia ideal, a regra da unanimidade é posta no mesmo patamar que as maiorias qualificadas, no que toca às qualidades e objeções, enquanto regras de decisão, na criação da vontade heterônoma. Isso porque, com a maioria qualificada, estabelece-se uma discriminação entre “mais maioria” e “menos minoria”.

Desse modo, aqueles indivíduos, que se encontram no estágio da liberdade positiva e, portanto, participaram da decisão criadora das regras vinculantes, se quiserem mudar de ideia e fazer valer sua autonomia, encontrarão dificuldades para sair do estágio da não liberdade (correspondente à obediência ao Estado) para o da liberdade positiva, a qual, por seu turno, permite nova participação no processo decisório de formação da vontade política-jurídica.

Nessa quadra, compreende-se a afirmação de Kelsen de que mesmo aquele que vota com a maioria não está mais de posse de sua liberdade positiva quando da vigência da vontade

---

torna-as tão inadmissíveis para a vida política corrente, que até um apóstolo da liberdade como Rousseau exige a unanimidade apenas para o contrato inicial que funda o Estado”. KELSEN, *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>127</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 30.

<sup>128</sup> KELSEN, *A democracia...*, p. 30.

heterônoma estatal. Esse estado de não-liberdade do cidadão, integrante da parte majoritária vencedora, é percebido nas situações em que esse cidadão muda de opinião, sem que isso implique consequências jurídicas, ou tutela da sua liberdade, de modo a ficar submetido à vontade alheia. Sua liberdade apenas poderia ser retomada caso sua vontade fosse, mais uma vez, coincidente com a maioria no exercício do poder.<sup>129</sup>

Assim, como forma de respeitar o valor da liberdade, Kelsen argumenta que a democracia funciona bem quando permite que a ordem social criada e, por conseguinte, a ordem estatal, tome para si os valores expressos pela maioria, sem deixar de fora as reais possibilidades de apropriação dos valores expressos pela minoria. Nessa abordagem, a democracia estrutura-se não pelo princípio da unanimidade (ou maioria qualificada), e sim pelo princípio da maioria absoluta, o qual permite um procedimento decisório mais fácil e flexível para a apropriação de valores dos grupos sociais majoritários e minoritários e, com isso, a facilitação da participação dos indivíduos nos processos decisórios.<sup>130</sup>

Aqui reside uma peculiaridade da mecânica política. O momento da fundação da ordem estatal e da criação original da ordem jurídica, para Kelsen, foi estruturado e realizado de acordo com a liberdade individual, como técnica mesmo de tutela dessa garantia de liberdade, que é premissa essencial do regime político democrático. Todavia, uma vez formada a ordem estatal, ela não volta mais para o debate na arena política, cabendo apenas o trabalho de desenvolvimento e atualização dessa ordem, por meio de processos de modificação.<sup>131</sup>

A liberdade positiva, antes premissa da formação da vontade, torna-se agora elemento prescindível para a vontade individual que está sujeita a uma ordem objetiva. Resta aos cidadãos, como forma de garantir a sua liberdade individual em face da vontade alheia participar das modificações na busca da coincidência entre sua vontade e a do Estado. E aqui é que a regra da maioria absoluta (e não da maioria qualificada) representa a aproximação maior à ideia de liberdade, porque permite, de forma mais fácil, a adequabilidade da ordem estatal à liberdade individual, que está sujeita a variações.<sup>132</sup>

Kelsen afirma que a concordância entre a vontade do indivíduo com a vontade do Estado é tanto mais difícil de ser alcançada (e, por conseguinte, difícil de ser alcançada a garantia da

---

<sup>129</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 31.

<sup>130</sup> “A democracia, em favor da elaboração de uma ordem social ulterior, renuncia à unanimidade que, hipoteticamente, poderia ser aplicada à sua fundação por contrato e contenta-se com as decisões tomadas pela maioria, limitando-se a aproximar-se de seu ideal original. O fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à sua própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da ideia de liberdade”. KELSEN, *ibid.*, p. 30.

<sup>131</sup> KELSEN, *A democracia...*, p. 31.

<sup>132</sup> PASQUALE, *Condorcet, Kelsen e a regra da maioria...*, p. 247-248.

liberdade individual), quanto maior for a maioria necessária para modificar a vontade do Estado. O acordo social e estatal seria de execução impossível se as modificações da vontade do Estado precisassem ser decididas por unanimidade.<sup>133</sup>

Essa posição, em favor da regra decisória de maioria absoluta, justifica a tomada de posição de Kelsen quanto ao argumento da liberdade como o seu principal fundamento, e não da ideia, comumente difundida, associada à igualdade. Isto é, a democracia não implica a afirmação de que a maioria tem maior poder do que a minoria; o fundamento está na liberdade negativa dos sujeitos poderem sair da esfera de obediência às regras heterônomas.

O valor da igualdade é posto em xeque, no cenário da vontade social heterônoma, porque faz surgir no indivíduo o questionamento quanto ao seu valor em face dos demais. Se todos são iguais, por que uns devem obedecer à vontade do outro e não à sua? Qual razão poderia justificar a igualdade em um contexto como esse? Para responder a esse questionamento, Kelsen justifica a igualdade como condicionante para a realização da liberdade negativa do cidadão.<sup>134</sup>

Segundo Kelsen, a igualdade não pode representar uma mensurabilidade das vontades individuais, tampouco fundamentar a regra majoritária como resultado da maior quantidade de votos, em detrimento de poucos votos; essa pressuposição imprime um caráter mecânico. A igualdade apenas pode ser compreendida como fundamento da regra majoritária e, por conseguinte, da democracia, quando associada à liberdade. Afirma, assim, que a maioria dos indivíduos é livre, não porque um valeria mais que o outro, mas, sim, porque a um maior número de indivíduos é assegurada a liberdade. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a ideologia política une os princípios de igualdade e liberdade como características essenciais da democracia.<sup>135</sup>

A regra da maioria absoluta, não obstante suas limitações como qualquer outra regra de julgamento fonte de criação de norma jurídica, teria a qualidade, nessa concepção ideológica da democracia, de maximizar a possibilidade de cada indivíduo, submetido à ordem estatal, proceder com sua modificação por meio de um procedimento simplificado.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> KELSEN, **A democracia...**, p. 32.

<sup>134</sup> PASQUALE, **Condorcet, Kelsen e a regra da maioria...**, p. 249.

<sup>135</sup> KELSEN, **A democracia...**, p. 32 e 62.

<sup>136</sup> Interessante, nesse sentido, a observação feita por Pasquale Pasquino sobre esse argumento proposto por Kelsen: “Ora, Kelsen observa que se um cidadão X quer ser livre (autônomo), ele tem maior chance de sê-lo, se modificar o *status quo* for fácil (respeitado o princípio da igualdade), se nenhuma minoria tiver um direito de veto sobre a decisão da maioria – uma propriedade da regra da maioria. Se a mudança é um valor positivo e eu sou livre, mudando a ordem jurídica existente, disso se segue que qualquer regra de maioria qualificada, em oposição à maioria absoluta, dá à minoria a possibilidade, não absoluta, de impedir a mudança.”. PASQUALE, **Condorcet, Kelsen e a regra da maioria...**, p. 248.

Ora, o cidadão submisso aos deveres de obediência à ordem estatal deve trabalhar para que sua vontade sempre coincida com essa, como forma de garantia de sua liberdade negativa. De outro lado, enquanto detentor da liberdade positiva de participação política, deve trabalhar com o ideal de como a ele será permitido participar do processo decisório sucessivo. Do processo de formação da nova “vontade geral”, criada a partir das modificações e atualizações das regras.

Kelsen reconhece que a defesa da regra de maioria absoluta nos processos decisórios democráticos, conquanto tutele uma maior quantidade de liberdade, provoca, ao mesmo tempo, um sistema político frágil, uma vez que ele está fundado na constante possibilidade de sua revisão por uma diferença pequena, às vezes, em razão de uma vontade individual. A instabilidade nesse contexto é o preço a ser pago pela liberdade.

Mas essa instabilidade, no âmbito das assembleias legislativas, apresenta-se como um fator positivo para a construção do sistema democrático, para além do argumento da tutela da liberdade positiva dos cidadãos. Isso porque a democracia, no seu aspecto mais característico, reside na possibilidade de rever opiniões e decisões, seja porque reputadas equivocadas posteriormente, seja porque constatadas como ineficientes.

O segundo desenvolvimento do significado da regra da maioria para Kelsen, porém, relaciona-se com a concepção da democracia real, realizada no espaço do parlamento e do Estado Constitucional, momento em que a ideia de liberdade também passa por uma ressignificação.<sup>137</sup>

Segundo Kelsen, o princípio da maioria no âmbito do parlamento tem por objetivo impedir o domínio de classe. Quer isso dizer que o princípio da maioria é o método de decisão que permite a participação igualitária de todos os cidadãos no processo de formação da ordem estatal à qual estarão sujeitos.<sup>138</sup> O princípio da maioria, ao possibilitar essa ampla participação, mostra-se compatível com a minoria, até mesmo porque, por definição, uma maioria pressupõe uma minoria. Contexto que, por sua vez, é refletido no campo dos direitos. Vale dizer, o direito da maioria pressupõe o direito da minoria.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> KELSEN, **A democracia...**, p. 68-78.

<sup>138</sup> Como afirmado, para Kelsen, a igualdade seria condição para a realização da liberdade que pressupõe a igualdade entre as vontades dos indivíduos, de modo que é impossível justificar a igualdade como fundamento do princípio majoritário. A dedução abstrata do valor da igualdade, como fundamento do princípio majoritário, leva à contradição de se defender a ideia que a democracia refuta, qual seja, de que os mais numerosos são mais fortes. Nesse sentido, o argumento de Kelsen: “do pressuposto puramente negativo de que um indivíduo não vale mais que outro, não pode ser deduzido, positivamente, que a vontade da maioria seja a que deve valer”. KELSEN, *Ibid.*, p. 68.

<sup>139</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 67.

Essa compatibilidade, direito da maioria e direito da minoria, embora ocorra de forma tensional, instrumentaliza a proteção da minoria, em face da maioria. Essa tutela do direito das minorias, afirma Kelsen, realiza-se na figura dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais, ordinariamente assegurados nas constituições modernas, haja vista o caráter procedimental qualificado e não normal de criação dessas leis constitucionais, fato que dificulta a intervenção do poder na esfera de cada direito ou liberdade fundamental.<sup>140</sup>

No âmbito do procedimento parlamentar, a autolimitação da maioria absoluta significa que o rol de direitos fundamentais representa não mais a proteção do indivíduo sozinho em face do Estado, mas constitui um instrumento de proteção da minoria em face da maioria puramente absoluta. Os direitos fundamentais, enquanto técnica de tutela das minorias, portanto, impõem ao processo decisório parlamentar o dever da discussão e da busca do maior acordo possível para a obtenção de uma minoria qualificada.

Quando argumenta sobre o princípio majoritário no procedimento parlamentar, Kelsen define uma premissa elementar para a construção do seu arcabouço teórico da democracia: a distinção entre a ideologia e a realidade político-parlamentar. Com isso, quer dizer que na dimensão da ideologia democrática de liberdade, o princípio majoritário é realizado no processo decisório, em que a ordenação estatal seja o resultado mais próximo possível da vontade decorrente da autonomia dos indivíduos, quando não coincidente com ela. O valor máximo da liberdade é alcançado quando o “número das vontades individuais com as quais a vontade social concorda é superior ao número das vontades de que esta discorda”.<sup>141</sup> Nesse cenário, o princípio da maioria implicaria o domínio da maioria sobre a minoria, uma vez que essa maioria não representa os interesses da minoria ou da “vontade geral”.<sup>142</sup>

Todavia, a realidade infirma essa assertiva da maioria numérica como a satisfação do ideal democrático de liberdade, na medida em que a maioria numérica não necessariamente representa, de fato, o grupo dominante majoritário, podendo ser este o resultado de uma minoria numérica, em razão dos artifícios da técnica eleitoral.<sup>143</sup> Fato, como se viu no primeiro capítulo, que decorre das chamadas maiorias fabricadas no procedimento eleitoral, como demonstrado por Arend Lijphart.

---

<sup>140</sup> Neste ponto, interessante sublinhar o argumento de Kelsen: “A forma típica de qualificação de tais leis constitucionais com respeito às leis ordinárias é representada por um aumento do quórum e por uma maioria especial de dois terços ou três quartos. Embora, teoricamente essa distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais também seja possível na democracia direta, na prática só o procedimento parlamentar permite tal diferenciação”. Ibid., p. 68.

<sup>141</sup> KELSEN, **A democracia...**, p. 68.

<sup>142</sup> KELSEN, Ibid., p. 69.

<sup>143</sup> KELSEN, Ibid., p. 69.

Para Hans Kelsen, essa realidade político-parlamentar, que informa a realização do princípio majoritário, justifica a metamorfose da definição desse princípio e do próprio conceito de liberdade. Na perspectiva da democracia do tipo real, e não ideal, o fundamental para a ação do princípio majoritário não é a representação numérica da maioria, como demonstração do domínio da maioria sobre a minoria, mas, sim, a força de integração social que ele possibilita, a partir do embate entre os grupos da maioria e da minoria.

Melhor explicando: segundo Kelsen, o princípio da maioria no procedimento parlamentar não está ligado à maioria numérica, porque na realidade social ela não existe em si, de modo que sua ação principal está no fomento da formação de dois grupos de interesse, o da maioria e o da minoria, cujo embate de distintas orientações políticas de suas vontades resulta na ordem estatal (norma decisória de caráter vinculativo) a ser imposta a todos os indivíduos integrantes daquela comunidade social e política.<sup>144</sup>

Nesse contexto da ação principal do princípio majoritário, Kelsen descreve que a característica essencial da democracia parlamentar e do seu procedimento em si é a técnica dialético-contraditória subjacente ao processo de formação da “vontade geral”, especificamente da norma jurídica estatal. Para Kelsen, o verdadeiro significado do princípio da maioria, como regra decisória na democracia real (do parlamento e partidos como representantes), reside na organização e estrutura dos indivíduos e suas vontades individuais, em dois grandes grupos, maioria e minoria, que se relacionam de forma discursiva, no oferecimento de argumentos e contra-argumentos, com o objetivo de se alcançar o compromisso mais consensual possível. É esse compromisso que justifica, para o autor, o respeito obrigatório da maioria.<sup>145</sup>

O compromisso de ambos os grupos, majoritário e minoritário, com a formação da “vontade geral”, é a essência do sistema parlamentar real, que se constitui dos acordos resultantes da troca de interesses opostos das posições políticas. Nesse sentido, da afirmação do valor do compromisso, como o objetivo do princípio da maioria na democracia real, a seguinte afirmação proposta por Kelsen, é particularmente ilustrativa: “mas isso pode significar apenas uma coisa: não como era erroneamente subentendido, a se confundir a realidade do

---

<sup>144</sup> KELSEN, **A democracia...**, p. 68-70.

<sup>145</sup> “Por isso, o procedimento dialético adotado pela assembleia popular ou pelo parlamento na criação das normas, procedimento esse que se desenvolve através de discursos e réplicas, foi oportunamente reconhecido como democrático. O domínio da maioria, característico da democracia, distingue-se de qualquer outro tipo de domínio não só porque, segundo sua essência mais íntima, pressupõe por definição uma oposição – a minoria – mas também porque reconhece politicamente tal oposição e a protege com os direitos e liberdades fundamentais. Mas, quanto mais forte for a minoria, mais a política da democracia se tornará uma política de compromisso.” KELSEN, **A democracia...**, p. 105-106.



parlamentarismo com a sua ideologia- uma verdade superior, absoluta, um valor absoluto superior aos interesses dos grupos, mas um compromisso”.<sup>146</sup>

O compromisso, como resultado da composição dos conflitos de interesse entre maioria e minoria, é parte da natureza da própria democracia. Ele significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte. Visto mais de perto, o compromisso é a aproximação à unanimidade que a ideia de liberdade exige para a criação da ordem social, por parte daqueles submetidos à ordem. Ou seja, o princípio majoritário, mais uma vez, revela seu fundamento na ideia de liberdade política.<sup>147</sup>

Assim, de comum acordo com o argumento defendido por Kelsen: o compromisso no processo decisório justifica o princípio majoritário, na medida em que instrumentaliza a efetiva participação da maioria no debate e composição dos interesses políticos antagônicos, situação procedimental que explica a aceitabilidade da obrigatoriedade das decisões para todos os indivíduos, mesmo aqueles integrantes da minoria e, portanto, que ficam no estado da não-liberdade, já que a vontade individual, decorrente da autodeterminação política, não coincide com a “vontade geral”.

Todavia, é certo que a regra de julgamento por uma maioria estreita na arena política também implica vícios no procedimento. Quer-se dizer, com isso, que a regra da maioria, não obstante sua característica essencial de compromisso, possibilita a manipulação do processo decisório por grupos de interesse (que se articulam para influenciar aquela maioria que se apresenta instável), bem como a configuração de um círculo vicioso decisório.<sup>148</sup>

Nessa perspectiva, a concepção de democracia, em Kelsen, é dinâmica e diluída no tempo, tendo em vista que esse caráter dialético-contraditório do princípio majoritário permite que as autoridades políticas retornem sempre à arena pública para alterar as decisões políticas de acordo com as condições do momento.

Partindo da premissa do compromisso como justificativa do princípio majoritário na democracia real, Kelsen discute os sistemas eleitorais, majoritários e proporcionais, e afirma ser o proporcional preferível ao majoritário como técnica de acomodação do objetivo de

<sup>146</sup> KELSEN, A democracia..., p. 71. Nesse sentido, Giacomo Gavazzi afirma: “As nossas convicções podem até vir a ser suas; e as suas convicções podem vir a ser nossas: nesse ínterim, que até pode ser ilimitado, façamos um acordo majoritário”. **Introdução...**, p. 16.

<sup>147</sup> KELSEN, Ibid., p.77.

<sup>148</sup> Cf. LEVMORE, Saul. Voting paradox and interest groups. **The Journal of Legal Studies**, vol. 28, n.º 2, 1999, p. 259-281; LEVMORE, Saul. More than mere majorities. **Utah Law Review**, n.º 4, 2000, p. 759-777; LEVMORE, Saul. "Parliamentary Law, Majority Decisionmaking, and the Voting Paradox," **Virginia Law Review**, vol. 75, 1989, p. 971-1044.

proteção das minorias e alcance do compromisso.<sup>149</sup> Ainda, com relação às críticas ao sistema eleitoral proporcional, no sentido de que esse promove a criação de partidos menores, fato que poderia inviabilizar o alcance da maioria absoluta no parlamento, Kelsen as contesta, argumentando que esse fracionamento, decorrente da criação de partidos políticos menores, na verdade é funcional para o exercício da democracia parlamentar, porque incentiva a integração política por meio de coalizões partidárias.<sup>150</sup>

Ou seja, há uma verdadeira transferência das coalizões de interesse do âmbito social para o legislativo, de modo a enriquecer o processo argumentativo e dialético na busca do compromisso. As razões dadas por Kelsen em favor do sistema eleitoral proporcional coincidem com aquelas defendidas por Arend Lijphart a partir de sua pesquisa empírica de análise da regularidade e padrões de comportamento das democracias. Tais razões consistem na formação do maior consenso possível entre maiorias e minorias, com a real consideração dos interesses da minoria no processo decisório parlamentar.

O caráter deliberativo do procedimento parlamentar, bem vistas as coisas, funciona como técnica de tutela das minorias a partir da sua inserção e consideração sincera no processo decisório. Compreendido esse significado da regra da maioria, Kelsen coloca como real problema, um dos mais difíceis de resolução do parlamento, o obstrucionismo disposto à minoria. Esse obstrucionismo configura-se nas técnicas processuais de intervenção no processo legislativo como forma de retardar ou bloquear as discussões postas nas mãos da minoria, que acaba por ter grande poder de veto, fato que apenas pode ser corrigido na realidade parlamentar em si.<sup>151</sup>

Da análise mais detida, portanto, dos dois desenvolvimentos que Hans Kelsen atribui ao princípio majoritário como regra de julgamento no contexto democrático, os quais são atrelados às duas concepções de democracia trabalhadas pelo autor (a ideal e a real), verifica-se que as propriedades e justificações da regra da maioria são distintas a depender do tipo de decisão a ser tomada.

---

<sup>149</sup> Nesse ponto, interessante o argumento sobre a influência que a minoria exerce sobre a maioria no sistema proporcional, ainda que este seja resolvido por meio de uma regra de decisão por maioria: “Cai então, também a objeção sempre repetida contra a proporcionalidade, de que é inútil que todas as minorias estejam proporcionalmente representadas, visto que as deliberações do parlamento, em última análise, são tomadas pela maioria. Ora, a influência que a minoria exerce sobre a formação da vontade da maioria será tanto mais intensa quanto mais essa minoria ou minorias estiverem fortemente representadas no parlamento, e não há dúvida de que a proporcionalidade favorece a tendência implícita na idéia de liberdade que é a de impedir que o árbitro da maioria predomine sem restrições sobre a maioria”. KELSEN, **A democracia...**, p. 130.

<sup>150</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 73.

<sup>151</sup> KELSEN, *Ibid.*, p. 129.

No contexto da democracia ideal, a regra da maioria mais compatível com a tutela do valor da liberdade positiva e da igualdade, enquanto valores essenciais do funcionamento do regime democrático, é a da maioria absoluta, na medida em que assegura o exercício da liberdade e autonomia do cidadão em face da ordem estatal. Essa liberdade, aqui, significa a possibilidade de modificação das regras estatais, ou seja, do *status quo*, como forma de assegurar a participação política daquele em face de uma ordem constituída.

Por outro lado, no contexto da democracia real, que coincide com o sistema parlamentar e de partidos,<sup>152</sup> bem como a própria existência do sistema constitucional e das cortes constitucionais,<sup>153</sup> Kelsen volta sua preocupação, em nome da tutela do valor da liberdade e igualdade, mas aqui ressignificadas, à autolimitação da maioria absoluta criada pelo parlamento.

Isso porque a liberdade positiva não mais se esgota no ideal de participação política e, por conseguinte, no processo de modificação da ordem jurídica e do *status quo*; ao contrário, a esse conceito são agregadas outras propriedades, como a necessidade de estabilidade da ordem jurídica constitucional e a tutela da minoria como justificação do próprio procedimento parlamentar, elementos que impõem uma realocação da maioria enquanto regra de julgamento. Se antes a maioria absoluta se aproximava do ideal de liberdade, agora, no contexto da democracia constitucional, a maioria qualificada apresenta-se como a que melhor realiza os valores da liberdade e da igualdade, bem como a essência da arquitetura constitucional.<sup>154</sup>

### 2.2.2 Regra da maioria por Samuel Pufendorf: argumento da igualdade

Outro teórico da filosofia política (e da Teoria do Estado), que discutiu e desenvolveu uma abordagem teórica acerca da regra da maioria no processo decisório de formação da

<sup>152</sup> Sobre o parlamento e seu procedimento, cf., KELSEN, **A democracia...**, p. 45-56.

<sup>153</sup> Cumpre assinalar, por ser um ponto destaque de nota, que no ano de publicação da sua teoria da democracia em 1920, e, depois, a segunda edição, em 1929, Hans Kelsen já havia elaborado para o projeto de uma Constituição para a Áustria a seção dedicada ao desenho institucional da corte constitucional, cf., KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo, segundo a nova Constituição Federal Austríaca, de 1 de outubro de 1920. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5-46. Como também publicado o estudo teórico sobre a jurisdição constitucional e o papel da corte constitucional, como uma instituição essencialmente contramajoritária e democrática, cf. KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-186. Nesses estudos teóricos sobre a corte constitucional, não foi encontrado nenhum argumento desenvolvido sobre o uso da regra decisória majoritária nessa instituição, essencialmente contramajoritária.

<sup>154</sup> Como argumenta Kelsen: “Se na origem aprecia que o princípio da maioria absoluta correspondia mais à idéia democrática em vias de realização, hoje se percebe que o princípio da maioria qualificada, em determinadas circunstâncias, pode constituir uma aproximação ainda maior da idéia de liberdade, representando certa tendência à unanimidade na formação da vontade geral”. KELSEN, **A democracia...**, p. 68.

vontade coletiva do Estado e vinculante a todos os integrantes dessa comunidade política, foi Samuel Pufendorf.<sup>155</sup>

Como afirmado linhas atrás, em regimes políticos marcados por uma autoridade soberana coletiva, faz-se necessária a identificação de regra de decisão suficiente para traduzir a vontade comum, que surge da tomada de decisão coletiva, a qual obrigará todos os integrantes daquele grupo e mesmo terceiros sujeitos à sua autoridade.

Samuel Pufendorf, em sua principal obra filosófica-política “On The Law of Nature and of Nations”, dedicou o capítulo segundo do seu sétimo livro ao estudo da estrutura interna e Constituição dos Estados (*On the internal structure of states*), especificamente aos mecanismos de tomada de decisão coletiva, oportunidade na qual desenvolveu argumentos sobre as justificações e limites das regras de maioria como técnica de votação e formação da vontade coletiva do Estado.<sup>156</sup>

Samuel Pufendorf coloca a questão da regra de decisão coletiva quando questiona sobre a identificação da vontade do Conselho, órgão escolhido para ser o representante da autoridade suprema, ou seja, a figura do soberano estatal. Na figura da forma de Estado monárquico, essa questão não se coloca na medida em que a vontade, e expressão da autoridade vinculativa estatal, são confiadas a uma única pessoa, a qual tem o poder de deliberar e tomar as decisões relacionadas aos objetivos do Estado.<sup>157</sup> Nesse contexto particular, mostra-se evidente que a ausência de um soberano monárquico, de vontade única, implica a necessidade de se estabelecer um método de decisão que agregue todas as individualidades dos integrantes do corpo coletivo decisor em direção a uma única vontade que ligue a todos e terceiros.

Quando a soberania do Estado reside em um conselho composto por vários homens, no qual cada um tem vontade própria e preferência política, Samuel Pufendorf questiona quantos

---

<sup>155</sup> Conforme observação feita em relação a Hans Kelsen, não interessa, aqui, discutir qualquer aspecto da teoria do direito natural e da Teoria do Estado em seus pormenores, como suas características e propriedades, tal como formulado por Samuel Pufendorf, por se tratar de temática fora deste objeto de pesquisa. Aqui, neste espaço, a discussão da questão tratada por esse autor, acerca da regra da maioria como técnica decisória para a formação de uma vontade coletiva no Estado. Isso porque os argumentos teóricos sustentados permitem elaborar discussões para o campo da jurisdição colegiada. Para a abordagem geral da contribuição de Samuel Pufendorf, para o desenvolvimento da filosofia política, notadamente, para a configuração da Teoria do Estado nos séculos XVII e XVIII, cf., MICHAEL, Seidler J. Pufendorf's moral and political philosophy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2015. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=pufendorf-moral>.

<sup>156</sup> PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Craig L. Carr (ed.). Translated by Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. A edição original foi publicada em 1672, e foi considerada a obra mais vendida no século XVIII sobre o direito natural e Teoria do Estado, servindo de ponto de referência para grandes discussões no campo da teoria política e da regra majoritária. Nesse sentido, cf. PASQUINO, Pasquale. Samuel Pufendorf: majority rule (logic, justification and limits) and forms of government. **Social Science Information**, vol. 49, n.º 1, 2010, p. 99-109; SCHWARTZBERG, Melissa. Voting the general will: Rousseau on decision rules. **Political Theory**, vol. 36, n.º 3, 2008, p. 403-423.

<sup>157</sup> PUFENDORF, **The political writings...**, p. 214-215.

desses homens, com posições convergentes, representam a vontade geral do conselho e, por conseguinte, do Estado.<sup>158</sup>

Ou seja, a pergunta pode ser traduzida da seguinte forma: como transformar uma pluralidade de decisões em uma única que seja vinculante para todos os membros que constituíram aquela assembleia coletiva e os demais integrantes da comunidade política, ainda que discordem do conteúdo da decisão? Para Pufendorf, essa regra de decisão de reconhecimento da vontade soberana não se encontra no direito natural, o qual apenas obrigaria a obediência às regras<sup>159</sup>, sem nada prescrever sobre o procedimento de sua formação em assembleias coletivas.

Ao discutir sobre o procedimento de decisão no Conselho, Pufendorf afirma, de início, que nenhum homem está vinculado ao decreto da maioria, tomado em determinada sociedade, sem que antes tenha ele expressado sua vontade em submeter-se a essa vontade majoritária, pois ninguém é obrigado a seguir o julgamento alheio. Em outras palavras, o indivíduo, ao ingressar em uma sociedade, pode escolher previamente se quer ou não ser submetido ao voto comum, reservando-se o privilégio de dizer que não será obrigado a nada quando não houver seu consentimento. Assim, o decreto da maioria não poderá forçá-lo a cumprir qualquer obrigação.<sup>160</sup>

Nessas circunstâncias, Pufendorf sugeriu a aceitação da maioria como regra de decisão nas assembleias coletivas, por dois motivos principais. Primeiro porque, embora o indivíduo obstinado possa exercer seu direito de veto, é certo que seu exercício, sem uma boa razão, corresponderia a uma visão equivocada do que seja o negócio em assembleia, espaço no qual todos os membros têm *igual direito de influência* no procedimento. Segundo porque o método da maioria se apresenta como menos vulnerável às incertezas e às dificuldades que informam a Constituição das assembleias coletivas, haja vista, de um lado, a tentativa de prevalência das preferências individuais em detrimento da opinião dos demais e, de outro, a divisão interna.<sup>161</sup>

Ou seja, de acordo com Pufendorf, uma razão significativa para se adotar a regra da maioria, como técnica de votação nas assembleias coletivas, reside na sua força e virtude de criação de um decreto geral, por meio de negociação entre os números votantes, os quais

---

<sup>158</sup> PUFENDORF, Ibid., p. 215.

<sup>159</sup> “Hence the votes of the majority regularly have, in all councils, the force of all, not because it is naturally necessary that it happen so, but because there is hardly another way to accomplish business there”. Cf. PUFENDORF, Ibid., p. 216.

<sup>160</sup> PUFENDORF, Samuel. **On the law of nature and nations**. Eight books. 4<sup>a</sup> ed. London: J. Walthoe R. Wilkin (et, al), 1729. p. 647.

<sup>161</sup> PUFENDORF, **On the law of nature and nations...**, p. 648.

possuem o mesmo peso igualitário, na qualidade de decisores. A essa tarefa, nenhum outro método de votação foi capaz de dar resposta mais satisfatória.<sup>162</sup>

Mais significativamente, de acordo com Pufendorf, uma vez que ninguém pode servir como juiz da sabedoria do resultado, e como cada pessoa se considera com maior sabedoria que os outros votantes, a única opção é considerar correto o resultado de uma decisão de uma maioria, presumidamente competente. Isso porque a opção contrária seria o estado de quebra da sociedade em face de um governo legítimo.<sup>163</sup>

À luz dos argumentos desenvolvidos por Pufendorf, é válida a inferência no sentido de que a justificativa da regra majoritária, no processo de tomada de decisão coletiva, encontra fundamento na igualdade de consideração de todos os decisores, os quais, independente da preferência que expressem para a resolução do problema, devem ter o voto contado de igual forma e com igual peso.

As preferências dos decisores, portanto, são tomadas como iguais na agregação dos votos emitidos nas assembleias coletivas, não importando, para esse processo decisório, as qualidades e características individuais dos decisores. Aqui, o valor abstrato da igualdade de cada decisor é suficiente para determinar a escolha do mecanismo da decisão coletiva.<sup>164</sup>

A regra da maioria, nesse contexto particular, justifica-se como uma decisão coletiva obrigatória para os membros integrantes de determinado órgão decisor coletivo, mesmo para aqueles que tenham perdido na contagem, porque assegura a todos os decisores igual dignidade, independentemente de qualquer consideração a respeito das preferências individuais.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> PUFENDORF, Ibid..., p. 648. Melissa Schwartzberg constrói uma interessante proposição teórica no sentido da influência de Samuel Pufendorf na teoria de Rousseau sobre as regras de votação e formação da vontade coletiva. Influência essa que permite deduzir uma defesa moral e não puramente epistêmica da regra supermajoritária desenvolvida por Rousseau. Eis os seus argumentos: "For Pufendorf, a significant reason for adopting majority rule was pragmatic: although there is no "necessity of this, by the appointment of nature" to accept that the "votes of the majority in assemblies have the force and virtue of a general decree . . . there is hardly any other possible means of transacting business amongst numbers" (VII, ii, 15). More significantly, Pufendorf also offers a moral defense of majority rule here, one that does not simply consist in an argument that unanimity is simply impractical. Pufendorf suggested that there is a positive virtue in acquiescing to the majority. Although the obstinate member of an assembly may retain the right of veto, to exercise such a right without good reason would be to Schwartzberg/Rousseau on Decision Rules violate "the obligation of a general law, to which commands him to shew himself friendly and easy to others, and, as a Part, to conform himself to the Good of the whole" (VII, ii, 15)". SCHWARTZBERG, Melissa. **Voting the general will: Rousseau on decision rules...**, p. 410-411.

<sup>163</sup> PUFENDORF, Ibid., p. 648. SCHWARTZBERG, Melissa. **Voting the general will: Rousseau on decision rules...**, p. 413.

<sup>164</sup> PUFENDORF, **On the law of nature and nations...**, p. 648. Nesse sentido, a observação feita por Pasquale Pasquino, cf. **The nature and limits of majority principles...**, p. 5-6.

<sup>165</sup> Aplicação da igualdade abstrata no momento da contagem dos votos e tomada da decisão como fundamento da regra majoritária, reflete a preocupação expressada por Samuel Pufendorf quanto às vaidades e arrogâncias dos indivíduos, as quais são suficientes para determinar as escolhas individuais em detrimento da busca de uma decisão mais razoável para o grupo. Ademais, apenas uma regra de decisão coletiva poderia implementar a acomodação das distintas visões das pessoas, ou seja, poderia contrariar a tendência natural das pessoas em serem obstinadas e

Cumpra assinalar que a justificação da regra majoritária, como proposta por Pufendorf, não tem fundamento no valor da liberdade e autonomia dos indivíduos, tal como considerado no argumento exposto por Hans Kelsen, ou mesmo na busca da verdade. Embora, como afirmado linhas acima, Kelsen também tenha justificado, ainda que de forma dependente e secundária, a maioria na igual dignidade dos decisores.<sup>166</sup>

O quadro teórico elaborado por Pufendorf com base na igualdade tem sua razão de ser, uma vez que o autor estuda a regra majoritária como forma de tomada de decisão coletiva para todos os governos não-monárquicos, ou seja, para todos aqueles governos que sejam regidos por um corpo coletivo, sejam eles aristocráticos ou democráticos.<sup>167</sup> A democracia em si mesma não é uma premissa necessária para o desenvolvimento de sua discussão sobre a regra majoritária. Por fim, cumpre destacar que a supermaioria, como regra decisória, não é desenvolvida na justificação normativa de Pufendorf. Sua referência é feita apenas lateralmente, como ilustrativa das eleições papais durante muitos séculos.

Foram expostas, neste tópico, as específicas propriedades e justificações oferecidas para os diferentes tipos de regras majoritárias, usadas no contexto das assembleias coletivas, responsáveis pela formação da vontade estatal. Justificativas essas que se fundamentam nos argumentos da liberdade, da autonomia e da igual dignidade de todos, como instrumento procedimental necessário para assegurar o respeito e observância da decisão majoritária por todos os membros da comunidade política que estão sujeitos a sua força vinculante.

Apresentadas as versões mais adequadas para o uso da regra da maioria, como mecanismo de tomada de decisão coletiva, dentro de uma ordenação estatal, verifica-se que essas são insatisfatórias ou insuficientes na resolução do problema da sujeição da minoria, e, sua ausência de liberdade, à maioria, em todas as questões que envolvem a esfera privada e pública.

Hans Kelsen, na sua conta teórica, abordou esse problema ao demonstrar seu incômodo com a regra da maioria como a mais adequada para a concepção da democracia real, dominada pelos sistemas partidários e representativos, cuja maioria, na sua essência, é o resultado de uma ficção fabricada pelos sistemas eleitorais. Tanto é assim que, não obstante tenha afirmado mais um argumento a favor da regra da maioria no âmbito do parlamento, que seria a busca do

---

violentas. Aqui, bem vistas as coisas, são os fundamentos para a necessidade de constituição de uma sociedade política como forma de garantir a paz e o acordo entre as autonomias, cf. PUFENDORF, **The political writings of Samuel Pufendorf...**, p. 209.

<sup>166</sup> PASQUINO, **Majority rules in constitutional democracies...**, op. cit., p. 220.

<sup>167</sup> PASQUINO, **Samuel Pufendorf: majority rule (logic, justification and limits) and forms of government...**, p. 101-102.



compromisso e consenso como técnica de respeito e inclusão das minorias na formação da regra jurídica, defendeu a regra da supermaioria como necessária para limitar a dominação da maioria.

Ou seja, a partir do ideal dos direitos fundamentais e da Constituição como regra fundamental de validade de todo o ordenamento jurídico, sustentou que a regra decisória qualificada estaria mais de acordo com os valores almejados pelas democracias constitucionais, como forma de proteção dos direitos das minorias. Não é sem razão que, como declarado, Kelsen, à época da sua teoria democrática, já havia elaborado o desenho institucional para a corte constitucional austríaca, instituição marcada por sua natureza contramajoritária.

Todavia, essas justificativas da regra da maioria pouco oferecem para uma compreensão normativa satisfatória e suficiente da regra supermajoritária como técnica decisória adotada para a tomada de decisões mais importantes do sistema político-democrático e constitucional, a exemplo da elaboração da Constituição e proteção das minorias, argumento que será tratado no próximo tópico.

### 2.3 SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NA ARQUITETURA CONSTITUCIONAL: UMA JUSTIFICAÇÃO NORMATIVA

A Constituição escrita, tal como adotada nas democracias constitucionais contemporâneas, tem como uma de suas propriedades mais específicas, que a distingue das demais espécies legislativas voltadas para o funcionamento ordinário da democracia, a rigidez na sua arquitetura procedimental, traduzida no processo decisório qualificado e reforçado para sua modificação.

A razão subjacente para a adoção dessa regra decisória qualificada, consistente em maiorias de dois terços, três quartos ou três quintos na prática dos desenhos institucionais constitucionais comparados,<sup>168</sup> reside na proteção das minorias em face das maiorias ordinárias construídas nos sistemas eleitorais e parlamentos, como forma de tirar do campo de escolha política dessas maiorias ocasionais as decisões sobre os direitos fundamentais e questões de estrutura e organização do Estado. Se as Constituições estão sempre ocupadas por grandes

---

<sup>168</sup> Cf. LIJPHART, *Patterns of democracy...*, p. 206-212; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendments of powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

mutações e em constante mudança, a política constitucional pode ser desorientadora e confundida com o negócio da política ordinária majoritária.<sup>169</sup>

Essa estrutura contramajoritária do quadro constitucional, configurada na rigidez procedimental e qualificação da votação, revela o compromisso constitucional com o supermajoritarismo, na qualidade de mecanismo de tomada de decisão coletiva. Compromisso que, para além da tutela dos direitos fundamentais, justifica-se na garantia do pluralismo jurídico e político e na necessidade da busca pelo consenso mais amplo, decorrente de uma deliberação representativa, para as decisões que envolvem questões estruturantes do Estado. Daí a premissa a favor do *status quo* e da estabilidade do sistema político e não da rápida e simples modificação procedimental pela maioria vencedora na eleição seguinte.<sup>170</sup>

À luz desses argumentos, pode-se inferir que, não obstante a soberania popular ser tomada como o fundamento moral do nosso governo e sistema político, assentado na regra majoritária, o desenho institucional da Constituição contraria esse ideal imaginário político da tirania da maioria, na medida em que está repleto de disposições decisórias supermajoritárias.<sup>171</sup> Como é defendido nesta pesquisa, tem-se de compreender a democracia (enquanto procedimento decisório) para além do majoritarismo puro e compatibilizá-la com o ideal constitucional supermajoritário nos processos decisórios, notadamente naquele desenvolvido na jurisdição constitucional, como se verá mais adiante.

Ou seja, é preciso questionar, convergir e justificar os diferentes mecanismos de tomada de decisão coletiva, dispostos no contexto da democracia (regra de maioria nos sistemas

<sup>169</sup> LEIB, Ethan J. Supermajoritarianism and the American criminal jury. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 33, p. 141-196, 2006, p. 159.

<sup>170</sup> PASQUINO, **Majority rules in constitutional democracies...**, p. 224-225.

<sup>171</sup> Válida a observação feita por Brett King, na pesquisa que fez sobre o uso e propósitos das regras de supermaioria na Constituição norte-americana, a partir das discussões levadas a cabo pelos *framers* e pelos *federalist papers*. O autor afirmou ser surpreendente a negligência benigna oferecida à teoria supermajoritária, uma vez que a adoção dos dispositivos de supermaioria pelos *Framers* foi um ato sem precedentes na história constitucional americana. Isso porque as decisões por supermaioria eram geralmente limitadas à periferia da tomada de decisão legislativa, como chamadas de quórum, e quase desconhecidas nas regras reais de governança do Estado. Assim, para o autor, ao escolherem um sistema substantivo de decisões por maiorias qualificadas na nova Constituição, os *Framers* introduziram um conceito tão radical como a doutrina da *judicial review*, embora esta última tenha sido uma aquisição progressiva, decorrente da evolução da doutrina e jurisdição constitucional, enquanto o primeiro estava presente desde a promulgação daquela. Desatenção que chegou ao fim quando a Casa dos Representantes (House of Representatives), em 1994, adotou regra interna que exigia uma maioria de três quintos dos seus membros para a aprovação do aumento de impostos federais, fato jurídico que provocou intensos debates acadêmicos acerca da legitimidade constitucional da regra supermajoritária. Cf., KING, Brett W. The use of supermajority provisions in the constitution: the framers, the federalist papers and the reinforcement of a fundamental principle, **Seton Hall Constitution Law Journal**, vol. 8, 1998, p. 363-414. Pode-se utilizar esse argumento para questionar a estrutura decisória constitucional brasileira quanto à adequação, legitimidade e mesmo a constitucionalidade das regras processuais de supermaioria para determinados contextos decisórios, em detrimento de outro. Todavia, esse tipo de análise, notadamente quanto aos fundamentos da escolha tem tido pouca atenção por parte da doutrina. Tratar-se-á dessa questão dos processos decisórios na arquitetura constitucional brasileira, mais adiante no quinto capítulo.

eleitorais e no parlamento) e no contexto da Constituição (rigidez constitucional, mais tutela das minorias e da estabilidade do *status quo*, com a regra decisória qualificada), tendo em vista que cada tipo de regra de decisão possui qualidades, propriedades e justificativas próprias.<sup>172</sup>

O supermajoritarismo, à primeira vista, tal como configurado na rigidez procedimental da Constituição, tem seu fundamento na tutela dos valores da estabilidade, do consenso amplo na tomada das decisões políticas mais estruturantes do Estado e na proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto particular, a neutralidade com relação ao *status quo* é uma variável a ser descartada, diferentemente do que ocorre nas propriedades das regras de maioria simples ou absoluta.

Voltando ao compromisso constitucional com o supermajoritarismo.<sup>173</sup> De tudo o quanto afirmado, é fácil deduzir, e mesmo justificar, a regra da supermaioria como propriedade essencial da Constituição, em razão dos valores que a esta compete tutelar. Todavia, a resposta ainda é insatisfatória, do ponto de vista de uma conta adequada de justificação da regra

---

<sup>172</sup> Como afirma Pasquale Pasquino: “Moreover, and very importantly, Standing Orders of parliaments are often significantly different from one country to another. Filibustering, for instance, exists in various forms in numerous constitutional regimes, considerably reducing the power of parliamentary political majority. Other provisions, moreover, may associate the parliamentary opposition with the agenda setting of the Assembly. All these countermajoritarian rules show that, since its inception, the worry of an abuse of power (even) by (elected) majorities was a major preoccupation of the Founding Fathers of the transatlantic constitutionalism, which is essentially the modern form of the limited government in a society “without qualities”. All that must induce us to relativize/discount the supposed role of Majority Rule as the paramount decision making rule of our democratic regimes. At the end of the institutional exploration based on empirical research, it might emerge as less significant that the large debate concerning its qualities and properties may induce us to believe”. **Majority rules in constitutional democracies...**, p. 221.

<sup>173</sup> Esse argumento da escolha pelo supermajoritarismo na arquitetura decisória constitucional é corroborado por Condorcet, nos estudos dedicados à filosofia política constitucional. Condorcet, quanto ao ponto, faz uma distinção entre dois tipos de leis, que se pode traduzir entre leis ordinárias e lei constitucional, para justificar a necessidade de um tratamento decisório para cada um desses contextos. Para ele, as leis ordinárias seriam aquelas instituidoras dos direitos naturais do homem, já a lei constitucional seria aquela limitadora desses direitos naturais, na medida em que coloca entraves ao seu gozo, como forma de proteção das minorias, em face das maiorias ocasionais. Nesse sentido, afirma: “*As leis de todos os povos civilizados exigem mais que a simples maioria para condenar um acusado, porque o mal resultante do erro cometido condenando um inocente leva vantagem sobre aquele de se enganar absolvendo um culpado. Poder-se-ia, com justiça, exigir também essa maioria mais ampla os assuntos importantes, que seriam perigosos se mal decididos, e nos quais a decisão pode ser retardada sem os inconvenientes bastante graves para balançar esse perigo. Pode-se exigí-la ainda para os casos em que os motivos que determinam uma decisão devam, se forem reais, impressionar todos os espíritos, porque então uma fraca maioria é uma razão para colocar em dúvida a existência desses motivos. Pode-se exigí-la, enfim, quando se trata da exceção da uma lei geral, cuja bondade é reconhecida*”. CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat. **Escritos político-constitucionais**. Tradução de Amaro de Oliveira Fleck, Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p. 86. Com essa observação da distinção feita por Condorcet, Pasquale Pasquino, em comentários sobre a teoria de Condorcet sobre a regra da maioria, afirma: “Condorcet parece, além disso, ser claramente favorável à ideia de distinguir duas regras de julgamento, como se resolveu chamá-las: a regra da maioria simples e a da maioria qualificada. O uso de uma e de outra depende do tipo de decisão (lei) a ser tomada, da substância dela (*ratione materiae*). Os direitos naturais não podem ser excluídos ou diminuídos pela maioria simples dos decisores, mesmo que se trate de maioria absoluta de uma elite esclarecida. O marquês falava, como os homens do século XVIII, de direitos naturais. Hoje, nós falamos de direitos protegidos pela Constituição. Mas, a distinção entre as regras de julgamento é a mesma”. PASQUINO, **Condorcet, Kelsen e a regra da maioria** ..., p. 246-247.

supermajoritária, quando se depara com as disposições de regras de maiorias qualificadas reforçadas para a tomada de decisões coletivas, em processos decisórios internos da Constituição e de outros contextos.

Em outras palavras, a essência da Constituição é contramajoritária e comprometida com o supermajoritarismo, mas esse compromisso pode ser estendido a outros processos decisórios, estruturados internamente pela Constituição? As demais disposições supermajoritárias de uma dada Constituição são aleatórias, ou existem razões que a fundamentam? Quais fundamentos normativos podem distinguir e justificar os mecanismos de tomada de decisão coletiva, entre as regras majoritárias e supermajoritárias na Constituição, a fim de se evitar um paradoxo na arquitetura constitucional?

A necessidade de uma abordagem teórica e normativa sobre as regras de supermaioria da Constituição, de acordo com as disposições de maiorias qualificadas, no contexto de distintos procedimentos de tomada de decisão coletiva, os quais não mais estão alocados às tomadas de decisões legislativas periféricas do sistema político, foi enfrentada nos estudos desenvolvidos por John McGinnis e Michael Rappaport. Autores que concentraram seus esforços para discutir o argumento *our supermajoritarian constitution*,<sup>174</sup> demonstrando que o princípio central subjacente à Constituição norte-americana é a governança através de regras de supermaioria,<sup>175</sup> as quais têm o claro propósito de melhorar a tomada de decisões legislativas em várias circunstâncias em que a regra da maioria simples funcionaria mal, trazendo respostas decisórias ruins para o sistema político e constitucional.

Para John McGinnis e Michael Rappaport, o supermajoritarismo decisório, adotado pela Constituição, é “um meio de promoção do princípio mais geral do republicanismo, que tenta promover o bem público dentro de um sistema de representação popular”.<sup>176</sup> Nessa perspectiva, os autores defendem que a regra de supermaioria oferece um argumento adequado para a compreensão da Constituição, seja de uma perspectiva descritiva, haja vista a proeminência dessa regra de decisão para as questões mais importantes, seja de uma perspectiva normativa.

---

<sup>174</sup> MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Our supermajoritarian Constitution. **Texas Law Review**, vol. 80, n.º 2, 2002, p. 703-806. Cumpre assinalar, por questão de fidelidade à pesquisa acadêmica dos autores, que a questão da supermaioria, como regra de decisão e suas vantagens e desvantagens no processo decisório legislativo, notadamente no contexto das regras autorizadas pelo Congresso para exigir três quintos de votação para aumentar as taxas de imposto e/ou os gastos federais, já era objeto de pesquisa e preocupação dos autores, nesse sentido, ver MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. The constitutionality of legislative supermajority requirements: a defense. **Yale Law Journal**, vol. 105, 1995, p. 483-512. Tese revisada e ampliada em trabalho publicado uma década depois, cf., MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Majority and supermajority rules: three views of the Capitol, **Texas Law Review**, vol. 85, 2007, p. 1115-1184.

<sup>175</sup> MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules as a constitutional solution, **William and Mary Law Review**, vol. 40, n.º 2, 1999, p. 365-470.

<sup>176</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Our supermajoritarian Constitution...*, p. 707.

McGinnis e Rappaport abordam a Constituição a partir da propriedade decisória da supermaioria em três direções. A primeira, de caráter mais descritivo e de interpretação textual, investiga a estrutura, história e o propósito da Constituição para identificar a natureza supermajoritária. A segunda direção, voltada para uma análise finalística das disposições constitucionais supermajoritária, afirma o modelo persuasivo de aperfeiçoamento das tomadas de decisões coletivas governamentais como o fundamento comum que liga os distintos contextos decisórios. A terceira abordagem explora a teoria normativa subjacente à própria ideia da Constituição, que consiste na justificação da sua superioridade como lei fundamental da ordem jurídica, em razão da sua estrutura decisória supermajoritária.<sup>177</sup>

Os argumentos principais sustentados por McGinnis e Rappaport acerca do supermajoritarismo constitucional, em resumo, podem ser definidos em duas concepções: uma constitutiva e outra normativa.

A tese constitutiva, defendida pelos autores, fundamenta-se na análise descritiva da arquitetura constitucional, a qual fornece todos os elementos de prova suficiente para a constatação de que os processos decisórios mais importantes do governo e da própria ordem jurídico-estatal, desde a elaboração de tratados até a legislação, são supermajoritários.

Nesse particular, faz-se necessário esclarecer que as regras de supermaioria podem assumir duas feições, uma explícita e outra implícita.<sup>178</sup> A feição explícita é de fácil constatação, porque consiste na regra de votação para um contexto decisório (assembleia legislativa, por exemplo) em que se exige mais do que uma maioria simples ou estreita para se aprovar a decisão; uma regra de votação de maioria de dois terços, três quintos ou três quartos. De outro lado, a feição da regra de supermaioria implícita é mais difícil de se identificar, porquanto sua configuração se dá no contexto decisório em que para a tomada da decisão se exige a somatória de dois órgãos colegiados que adotam, cada qual em seu procedimento interno, a votação por uma maioria simples.

O exemplo proeminente de regra supermajoritária implícita, adotado na teoria política e na literatura constitucional, é o bicameralismo.<sup>179</sup> O fundamento para essa categoria reside no fato de o bicameralismo exigir um arranjo legislativo entre duas casas estruturadas diversamente, na sua composição e finalidade precípua (como a Câmara, composta por

<sup>177</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, Ibid., p. 709-710.

<sup>178</sup> MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules as a constitutional solution, **William and Mary Law Review**, vol. 40, n.º 2, 1999, p. 365-470.

<sup>179</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, **Our supermajoritarian Constitution...**, p. 770-780.

representantes do povo e o Senado, composta por representantes dos estados), para o processo de votação de qualquer decisão.

O bicameralismo,<sup>180</sup> portanto, enquanto regra de decisão do processo legislativo, assegura a esse o caráter supermajoritário e não o majoritário simples, como amplamente compreendido, em decorrência dos procedimentos decisórios internos de cada casa. A transferência das regras de votação por maioria simples do âmbito das eleições e dos referendos para o campo das assembleias legislativas revela uma tomada de decisão coletiva mais complexa do que uma primeira análise revelaria. Isso porque deve-se levar em conta que o processo legislativo bicameral, levado a cabo em dois órgãos políticos de representatividade distinta, apenas se finaliza com a participação de outro poder do Estado, o Executivo, por meio do exercício do poder de veto.<sup>181</sup>

Desse modo, o argumento principal para classificar o bicameralismo como mecanismo decisório supermajoritário consiste no fato de que o resultado do processo legislativo de criação de leis ordinárias envolve a relação entre dois poderes do Estado, o Legislativo, por meio de dois órgãos diversamente estruturados, e o Executivo com o poder de veto, cujo exercício enseja uma retomada do diálogo com o próprio Legislativo, que deve confirmá-lo ou rejeitá-lo. Relação procedimental que promove a estrutura da separação de poderes.

Melhor explicando: a decisão, resultado do processo legislativo, tem caráter vinculante para todos os integrantes do corpo decisor como, também, para os demais poderes e cidadãos. Não se trata de uma decisão para resolução de questões e problemas internos ao órgão decisor coletivo, hipótese em que uma regra majoritária simples se justificaria.

---

<sup>180</sup> Como afirmado no primeiro capítulo desse trabalho, o bicameralismo é umas características secundárias do próprio federalismo, daí porque a necessidade de um procedimento de votação e tomada de decisão mais complexo, que permita o compartilhamento e dispersão de poder e responsabilidade entre órgãos representativos distintos do governo. Olhando mais de perto, a estrutura do bicameralismo, consistente em um processo decisório compartimentado em duas fases, tem como justificativa promover o espaço do consenso e da inclusão das minorias, nesse contexto, representado pelos estados na casa do senado. Cf. LIJPHART, **Patterns of democracy...**, p. 176.

<sup>181</sup> PASQUINO, **Majority rules in constitutional democracies...**, p. 220-221. Com relação ao papel do Executivo e o poder de veto no processo legislativo, importante a observação feita por McGinnis e Rappaport, no sentido de que a compreensão de que o veto é uma técnica de aprimoramento da deliberação e da qualidade do processo decisório, justificação normativa essa que foi percebida no âmbito das discussões ocorridas nos *federalist papers*: “168. While we argue that the Framers intuitively understood the advantages of supermajority rules, based on the beneficial rules that they included in the Constitution, one Framer actually voiced a justification for one of the supermajority rules that is quite similar to our theory. In his discussion of the President's veto (which we argue is an implicit supermajority rule), Hamilton made clear that the veto can improve the quality of legislative decisionmaking when majority rule functions poorly. He stated that the veto ‘furnishes an additional security against the enactment of improper laws. It establishes a salutary check upon the legislative body, calculated to guard the community against the effects of faction, precipitancy, or of any impulse unfriendly to the public good, which may happen to influence a majority of that body.’ THE FEDERALIS N. 73, at 433 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961). Hamilton thus recognized that supermajority rules can address faction (in our language, special interests) as well as precipitous action (such as ill-considered partisan behavior).” **Our supermajoritarian Constitution...**, p. 741.



Nessa linha argumentativa, McGinnis e Rappaport afirmam que o processo legislativo bicameral, completado com o exercício do poder de veto do chefe do Poder Executivo, configura, na verdade, uma espécie de tricameralismo, uma vez que o Presidente da República é eleito por um terceiro eleitorado cujo mandato, ciclo de eleição e conjunto de preferências diferem daqueles dos representantes do Congresso Nacional. Tais circunstâncias exigem uma construção de coalização política muito mais ampla e inclusiva, além de uma deliberação mais qualitativa; vantagens que a categoria da regra supermajoritária oferece, em detrimento da majoritária simples.<sup>182</sup>

Ainda, com relação à tese constitutiva do supermajoritarismo, McGinnis e Rappaport defendem que a Constituição dos Estados Unidos estabelece três regras básicas de tomada de decisão para a maior parte dos assuntos governamentais. A primeira trata das disposições constitucionais expressas quanto à regra da supermaioria. A segunda versa sobre as previsões da Constituição para a aprovação da legislação ordinária, que exige votação nas duas casas do Congresso, com a participação, ainda, do Executivo na sanção ou veto de lei. A terceira regra básica de tomada de decisão é aquela em que a Constituição, em um número limitado de questões, restringe qualquer alteração por parte das autoridades políticas, deixando apenas para o Poder Judiciário a possibilidade de sua modificação, por meio do processo interpretativo e de aplicação do direito.<sup>183</sup>

As disposições constitucionais, que explicitamente adotam a regra de supermaioria, são: a) processo de impeachment do Presidente, Vice-Presidente e funcionários civis, que requer maioria de dois terços dos membros do Senado<sup>184</sup>; b) expulsão de membros do Congresso, que exige uma votação de dois terços da casa pertinente<sup>185</sup>; c) a ratificação de tratados internacionais que requer a aprovação pelo chefe do Poder Executivo, mais o quórum de dois terços do

---

<sup>182</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid...*, p. 769-771. “This sentiment reflects the modern observation that bicameralism reduces external costs by requiring special-interest groups to expend additional resources to obtain desired legislation. Thus, the Framers saw that bicameralism had the potential to reduce the influence of excessive political passion and the power of special-interest groups, thereby improving the quality of legislation. (...) Thus, like bicameralism, the veto constitutes an implicit supermajority rule because it imposes an additional hurdle beyond the assent of a majority of the legislature. The notion once again is that this added screen will filter good legislation from bad.” *Ibidem*.

<sup>183</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Our supermajoritarian Constitution...*, p. 711- 717.

<sup>184</sup> Art. I, section 3, clause, U.S Constitution 6: “The senate shall have the sole power to try all impeachments. When sitting for that purpose, they shall be on oath or affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: and no person shall be convicted without the concurrence of two thirds of the members present”.

<sup>185</sup> Art. I, section 5, clause 2, U.S Constitution: “Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.”



Senado<sup>186</sup>; d) bicameralismo no processo legislativo<sup>187</sup>; e) anulação do veto presidencial a projeto de lei que requer uma maioria de dois terços em ambas as casas do Congresso<sup>188</sup>; f) emenda à Constituição, que exige um voto de dois terços do Congresso para a proposta e uma supermaioria dos estados de três quartos para sua ratificação.<sup>189</sup>

Ademais dessas disposições explícitas na Constituição dos Estados Unidos, ainda há outra previsão de supermaioria, regulamentada por emenda constitucional, na hipótese da avaliação do retorno do Presidente da República, submetido a um processo de suspensão. Fato jurídico que revela a continuidade da vontade dos constituintes permanentes em reafirmar o caráter supermajoritário da Constituição para as tomadas de decisão mais importantes e estruturantes do Estado.<sup>190</sup>

Da leitura textual e histórica desse quadro constitucional norte-americano, é razoável e persuasiva a conclusão proposta por McGinnis e Rappaport no sentido de que o supermajoritarismo é o mecanismo essencial de tomada de decisão coletiva da Constituição. Nada obstante essa válida inferência descritiva, uma objeção pode ser arguida contra ela, dentro dessa mesma abordagem textual e descritiva. A observação da estrutura decisória da Constituição, em termos quantitativos, demonstra que, na verdade, as regras de supermaioria são exceção, porquanto, na maior parte, os órgãos coletivos adotam o procedimento de votação por maioria simples ou relativa, no máximo absoluta.

---

<sup>186</sup> Art. II, section 2, 2: “He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.”

<sup>187</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 707.

<sup>188</sup> Art. I, section 7, clause 3, U.S Constitution: “Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the Rules and Limitations prescribed in the Case of a Bill.”

<sup>189</sup> Art. V, U.S Constitution: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.”

<sup>190</sup> Amendment XXV, section IV (1967): “(...) Thereupon Congress shall decide the issue, assembling within forty-eight hours for that purpose if not in session. If the Congress, within twenty-one days after receipt of the latter written declaration, or, if Congress is not in session, within twenty-one days after Congress is required to assemble, determines by two-thirds vote of both Houses that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall continue to discharge the same as Acting President; otherwise, the President shall resume the powers and duties of his office.”

A primeira e imediata resposta a essa questão seria no sentido afirmativo e desqualificaria a teoria supermajoritária da Constituição. Isso porque, em termos quantitativos, a regra de maioria destaca-se nos mecanismos de tomada de decisão coletiva, nos diversos contextos da ordem jurídica e estatal. Logo, o princípio dominante é o majoritarismo puro, tal como o ideal imaginário convencional replica.

Todavia, para uma adequada compreensão do quadro estrutural decisório da Constituição, é necessário que se agregue o elemento qualitativo na alocação das regras de votação. Pretende-se, com isso, dizer que pouco é revelado pela presença das regras de supermaioria, quando vistas em termos quantitativos, uma vez que estão alocadas em poucos contextos decisórios. Por outro lado, estes poucos contextos decisórios, em termos qualitativos, são categorizados como os mais importantes e estratégicos para a governança do Estado e aplicação da Constituição. Esta inferência justifica a análise das regras de votação da Constituição a partir da conjugação dos elementos quantitativos e qualitativos.<sup>191</sup>

A abordagem estrutural para a resolução das questões e problemas mais significativos, que afetam a ordem política e a estabilidade constitucional, portanto, é supermajoritária. O elemento que pode mudar, na adoção dessa regra decisória, é o seu rigor no quórum: supermaioria implícita, supermaioria de dois terços e supermaioria de três quartos, a depender da área e do corpo decisor em que opera.

Para McGinnis e Rappaport, as regras de supermaioria contidas na Constituição, como as requeridas para o processo de impeachment, a emenda à Constituição, a expulsão de congressista, a aprovação de tratado internacional e aquela derivada do bicameralismo legislativo, foram concebidas como técnicas de gestão do governo, no refreamento dos processos decisórios majoritários, nas circunstâncias em que essa modalidade de tomada de decisão coletiva seria indesejável pelo baixo incentivo à deliberação qualitativa dos decisores.

---

<sup>191</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, **Our supermajoritarian Constitution...**, p. 725-726. Nesse ponto, pertinente o argumento sustentado por Enriqueta Expósito, na análise das regras de maioria do Estado Constitucional espanhol, no sentido de que a supermaioria é um mandato do constituinte ao consenso e ao diálogo: “Con la mayoría reforzada lo que se garantiza es el pluralismo, al abocar a una decisión consensuada. El próprio Tribunal Constitucional contrastaba la mayoría reforzada de 2/3 con la mayoría absoluta entendiendo que la diferencia entre una y otra no era un mero grado de cualificación: ‘Es manifiesta en este caso a finalidad a que una mayoría tan amplia responde a garantizar el pluralismo político en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y estimular el más amplio consenso entre los elegidos en la adopción de ciertas decisiones’. Lejos de entenderse como una posibilidad de bloquear el funcionamiento del órgano’ el Tribunal Constitucional la justifica en el objetivo perseguido ‘la razonable búsqueda del consenso, frente a la lógica de la simple mayoría, en la adopción de unos acuerdos, dado el carácter o naturaleza de estos’ (STC 146/1993, de 29 de abril, Fj 4 final). **Mayorías en el Estado Constitucional...**, p. 77-78.

Ou seja, foram desenhadas como instrumentos de refinamento e ampliação da vontade pública nas decisões mais importantes da república.<sup>192</sup>

Com relação à terceira e última regra expressa de tomada de decisão coletiva supermajoritária na Constituição, configurada nas limitações constitucionais absolutas, os autores explicam que, na verdade, elas não estão totalmente fora do campo de ingerência e atuação do Congresso. A atuação do Congresso pode ocorrer por meio do procedimento rigoroso supermajoritário de emenda à Constituição, depois que tais limitações tenham sido objeto de interpretação e modificação no âmbito jurisdicional. Quanto ao ponto, McGinnis e Rappaport trazem exemplos para confirmar o argumento, como nos casos *Dred Scott v. Sanford*, *Chilsholm v. Georgia* e *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, em que as limitações constitucionais absolutas interpretadas foram superadas pelo Congresso por emendas constitucionais.<sup>193</sup>

Com relação ao legislativo bicameral, característica secundária do federalismo, como exposto linhas acima, já foi verificado que se trata de uma tradução da regra de supermaioria implícita.<sup>194</sup> O argumento apresentado por McGinnis e Rappaport, no sentido de que cada uma daquelas três regras de tomada de decisão coletiva são supermajoritárias em sua essência, é confirmado na sua análise estrutural do quadro constitucional.<sup>195</sup>

Ao lado da concepção descritiva da Constituição, McGinnis e Rappaport defendem a concepção normativa do supermajoritarismo constitucional, na qual defendem as vantagens e superioridade desse mecanismo de tomada de decisão coletiva, em detrimento da regra majoritária simples para algumas áreas do Estado Constitucional. Na concepção normativa, portanto, identificam-se os fundamentos que justificam a supermaioria, em detrimento da maioria simples.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> “These rules present a serious challenge to the many constitutional theorists who think the United States Constitution is a document organized around a principle other than supermajoritarianism. These supermajority rules also reinforce the view that the Constitution's core objective was not to employ democracy but to promote republicanism—a system of government that channels popular consent in a manner conducive to the public good. Supermajority rules are a means of refining and enlarging the public will to attain the public good. Their predominance throughout the Constitution suggests that they are the principal means that the Framers employed to further republicanism. In contrast to our thesis, many on both the right.” MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 725.

<sup>193</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Our supermajoritarian Constitution...*, p. 716.

<sup>194</sup> Concepção que é confirmada com a própria finalidade subjacente da escolha por um modelo legislativo bicameral, em detrimento do unicameral, qual seja: o aperfeiçoamento da produção legislativa, com o incremento da qualidade na deliberação e inclusão das minorias, a partir do diálogo necessário entre dois poderes do Estado e ambas as casas estruturantes do Legislativo. Nesse ponto, cumpre assinalar, como alegado por Arend Lijphart, que o bicameralismo no Legislativo é uma técnica de compartilhamento e dispersão do poder entre órgãos representativos, tanto do povo, quanto dos estados, como forma de trazer mais equilíbrio e acesso das minorias.

<sup>195</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 707.

<sup>196</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 728-747.

As regras de supermaioria apresentam-se como mais benéficas quando a qualidade e a autoridade de determinada tomada de decisão exigem um consenso mais amplo entre as diferentes forças políticas envolvidas, na qualidade de decisores.<sup>197</sup> O termo consenso aqui não significa unanimidade ou igual resposta de todos os decisores, mas, sim, a maior coalização possível, como elemento de estabilidade e proteção das minorias de um sistema político.

A regra majoritária simples, em geral, permite que as leis passem sem um consenso e, por conseguinte, sem uma maior exigência de deliberação, na medida em que uma maioria mínima pode impor sua decisão a uma grande minoria, de modo que é muito fácil se chegar ao resultado pretendido, com o respeito aos valores da igualdade e liberdade dos decisores.

Diferentemente, a maioria qualificada, além de tutelar os valores que fundamentam a maioria simples, agrega outros, o que demonstra sua superioridade para determinadas áreas do governo. Repita-se: o supermajoritarismo, tal como proposto, não rejeita ou nega as virtudes da regra da maioria simples, como a tutela da liberdade e da igualdade, apenas amplia esses valores com a conjugação de outros.

Esses outros valores ou vantagens são características necessárias para o fundamento central da regra supermajoritária, qual seja, o aprimoramento das decisões políticas. Nesse cenário, quanto maior for a necessidade de estabilidade, de refreamento das preferências pessoais dos decisores, de deliberação ampla, de inclusão de mais segmentos políticos, maior será a necessidade de uma supermaioria, que funcionará com melhores resultados do que a regra majoritária simples.<sup>198</sup>

Todavia, os benefícios alcançados com a regra de supermaioria na adoção das decisões devem ser equilibrados em relação aos seus custos. Isso porque é fato que se, de um lado, a supermaioria possibilita a tutela dos valores da estabilidade, da preservação do *status quo* (presunção de constitucionalidade dos atos legislativos e normativos em geral), das minorias e da qualidade da deliberação no compromisso consensual levado a cabo do processo legislativo, de outro ela impõe custos decisórios administrativos e de substituição, que devem ser levados em consideração nos desenhos institucionais pretendidos.<sup>199</sup> Nesse sentido, as vantagens

<sup>197</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 741.

<sup>198</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, **Our supermajoritarian Constitution...**, p. 737-743. Sobre os benefícios do supermajoritarismo, no quadro normativo constitucional, Ethan Leib afirma: “Supermajoritarian rules clearly do navigate between majoritarian and unanimous decision rules, enjoying some of the benefits of each while mitigating some of their respective disadvantages. Supermajoritarianism enhances deliberation by requiring higher levels of agreement, maximizes legitimacy by insisting on more agreement than simple majorities do, directs attention to common goods, and furnishes stability against rapidly shifting majorities, all while incentivizing coalition-formation and the publicizing of private information to garner larger majorities. (...). A supermajority requirement, by setting the bar higher, allows the enactment of only consensus positions, while discouraging the tyranny of simple majorities.”, cf. **Supermajoritarianism and the American criminal jury...**, p. 158.

<sup>199</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 716.

estruturais da regra supermajoritária são reveladas com maior clareza quando confrontadas com seus custos potenciais.

Os custos de tomada de decisão, em geral, referem-se ao tempo e ao esforço necessários para aprovar uma norma, aos erros associados à escolha decisória e aos custos de transação necessários para se alcançar o nível do acordo, exigido pela regra de decisão.<sup>200</sup> Tais custos são mais elevados sob uma regra de supermaioria, porque a construção de uma coalização é mais difícil, exige mais barganha do que uma maioria simples. Vale dizer, quanto mais decisores envolvidos, maior a deliberação para se encontrar uma resposta satisfatória.

Esse custo, ou dificuldade, na construção da coalização mais ampla é proporcionalmente maior quanto mais elevado for o grau da qualificação da regra decisória. Os custos de tomada de decisão para o governo com uma maioria de três quintos são menores do que naquela maioria de dois terços.<sup>201</sup>

Os custos, que podem ser de ordem administrativa, de substituição e de tomada de decisão, são importantes argumentos contra o uso indiscriminado da regra de supermaioria para todo e qualquer contexto decisório e sob quaisquer circunstâncias. A supermaioria constitui regra decisória excepcional, de modo que sua adoção é necessária quando a natureza ou o caráter das decisões que serão tomadas a justificam. Ou seja, a melhoria da qualidade da decisão, do padrão normativo, em razão das finalidades subjacentes do próprio órgão decisor, deve exceder os custos dessa regra. É nesse contexto particular que os autores empregam uma abordagem consequencialista para cada área normativa da Constituição, a fim de se discutir a validade e a superioridade da adoção da regra supermajoritária.<sup>202</sup>

Importante para ilustrar os riscos dos custos decisórios é a análise de uma hipótese em particular. O processo de aprovação de emendas à Constituição, como visto, é informado por maiorias qualificadas, na maior parte das democracias constitucionais que adotam Constituição escrita. Assim, a Constituição original e as emendas constitucionais não podem ser modificadas sem antes passar por um procedimento decisório rigoroso, o qual fora escolhido como desenho institucional adequado por oferecer os benefícios de aperfeiçoamento na tomada de decisão coletiva, produzindo leis constitucionais melhores, que se destinam a trazer maior estabilidade

<sup>200</sup> LEIB, Ethan J. **Supermajoritarianism and the American criminal jury...**, p. 151-161.

<sup>201</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, **Our supermajoritarian Constitution...**, p. 745.

<sup>202</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, *Ibid.*, p. 744-746. Os autores fazem uma análise individualizada de cada regra de tomada de decisão considerada como supermajoritária, na estrutura constitucional, para verificar a afirmação de sua superioridade em relação aos custos decisórios, empreitada que concluem no sentido positivo. No mesmo sentido, EXPÓSITO, **Mayorías no Estado Constitucional...**, p. 77-98.

ao sistema político e consenso, em vez de decisões preferenciais a determinados grupos de interesse. A regra supermajoritária para essa área normativa justifica-se.

Mas, para que os benefícios dessa escolha decisória se concretizem e os valores subjacentes sejam tutelados, faz-se necessário afastar o denominado risco de substituição. Melhor explicando: o procedimento qualificado impõe uma séria dificuldade para os atores políticos atuarem no propósito de alteração da Constituição; todavia, não impede que um grupo de interesse apoie determinado grupo político majoritário a atuar no sistema político por meio de um mecanismo de tomada de decisão coletiva substituto que se apresente mais fácil.<sup>203</sup>

No exemplo em análise da emenda à Constituição, esse custo de substituição ocorre com o recurso à via jurisdicional, por meio do processo de modificação informal da Constituição, que se dá na atividade de interpretação e aplicação do texto constitucional. A pergunta que fica é: como a manipulação e o custo de substituição se configurariam?

O risco de substituição pela jurisdição constitucional ocorre por dois motivos principais. O primeiro, quando o procedimento de designação para os juízes das cortes constitucionais é resolvido por meio de uma maioria simples ou absoluta de uma casa do Congresso, em regra o Senado. Esse mecanismo de votação por maioria permite a atuação dos grupos de interesse e políticos majoritários para a indicação e escolha de um juiz que tenha posições mais extremadas, em favor de interpretações jurídicas convergentes com os interesses políticos. A indicação de juiz com posições mais marcadas igualmente tem reflexos no processo deliberativo interno da Corte e fomenta a criação de uma divisão partidária e ideológica, fato que sinaliza a preferência política por nomeações judiciais com vistas à obtenção de uma vitória no campo jurisdicional, uma vez que pelo processo político ordinário de emenda seria mais difícil.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> MCGINNIS; RAPPAPORT, Ibid., p. 788-789.

<sup>204</sup> Essa questão da regra da maioria para a nomeação de juízes para a Suprema Corte é muito debatida e controvertida no panorama normativo e na literatura constitucional norte-americana. A regra na Constituição dos Estados Unidos é pela exigência de uma votação por maioria absoluta no Senado, regra que leva a grandes influências políticas no processo de nomeação judicial. Influência que tem o claro objetivo de provocar mudanças informais na Constituição por meio da atividade de interpretação judicial. Atividade essa que ainda conta com um profundo problema estrutural ao exigir maioria estreita na tomada de decisão. Essa instabilidade no quadro decisório possibilita um alto grau de captura ideológica e política da corte. Percebido esse problema estrutural no sistema é que analistas propuseram reforma no processo de nomeação judicial no sentido da adoção de uma regra de supermaioria, considerando a própria experiência constitucional comparada, a exemplo das cortes constitucionais alemã, espanhola e italiana. As vantagens obtidas com uma regra de supermaioria de dois terços residiram na imposição de barreiras à captura majoritária, com o poder de veto das minorias às candidaturas extremistas. Sobre essa questão, ver, por todos, WIBLE, Brent. Filibuster vs. Supermajority rule: from polarization to a consensus- and moderation- forcing mechanism for judicial confirmations, **William & Mary Bill of Rights Journal**, vol. 13, 2005, p. 923-965. No sentido da defesa da regra supermajoritária ver, MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules and the judicial confirmation process. **Cardozo Law Review**, vol. 26, 2005, p. 543-578; FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, 2002, p. 41-68. Na corrente contrária, sustentando a maioria simples, ver GERHARDT, Michael J.; PAINTER, Richard W. Majority rule and the future of judicial selection. **Wisconsin Law Review**, 2017, p. 263-284. Sobre o modelo supermajoritário de nomeação judicial no sistema alemão, Dieter Grimm, ao



O segundo motivo é o uso de regra de maioria absoluta ou estreita para a tomada de decisão coletiva jurisdicional, porque uma decisão por maioria estreita de cinco a quatro ou seis a cinco pode refletir divisão do tribunal constitucional quanto às interpretações e soluções jurídicas para os problemas postos e, por conseguinte, implicar fragilidade da autoridade e aceitabilidade de tais decisões pelos demais atores políticos e mesmo pela sociedade nas questões mais polêmicas. Instabilidade que atrai a atuação de grupos de interesse e pressão de outros atores políticos.<sup>205</sup> Esse ponto será analisado no próximo capítulo.

Em outras palavras: a maioria como regra decisória para o campo jurisdicional, seja na indicação de juiz seja como mecanismo de tomada de decisão coletiva, revela um problema mais profundo do nosso sistema político e jurídico: a ineficiência de um sistema supermajoritário, resultado do compromisso constitucional, em decorrência da insuficiência do quadro estrutural normativo constitucional.

A falta de coerência quanto aos mecanismos de tomada de decisão coletiva no desenho institucional provoca sua fragilidade, na medida em que não consegue afastar os riscos de substituição, como no exemplo acima citado. Risco de substituição que está a toda evidência presente em razão do desenho institucional falho da nossa jurisdição constitucional.

O supermajoritarismo, enquanto mecanismo de tomada de decisão coletiva proeminente na Constituição, justifica-se nas vantagens adquiridas em face das regras de maioria simples ou absoluta, com o aperfeiçoamento na tomada de decisões coletivas, o qual reflete os melhores resultados obtidos pelo governo, em termos de eficiência e deliberação. De outro lado, serve

---

falar sobre a corte constitucional alemã, confirma que essa forma de recrutamento determina o alto grau de deliberação intra-corte e afasta os candidatos mais extremos: “A second question which is very importante for us as a preliminary question, speaking about the decision-making process, is the recruitment judges and the way they decide. The recruitment process in Germany is that half of the sixteen judges (...) are elected by one House of Parliament, the Bundestag. The second half is elected by the other House of Parliament, the Bundesrat. A supermajority is needed to elect the judges that is a 2/3 majority. (...) That produces a certain type of justices in the Constitutional Court: it prevents extremists. An extremist of one or the other side wouldn’t have a chance. Unless he or she has managed to totally hide his or her preferences and political effigy; but that doesn’t happen very often. (...) So it prevents extreme candidatures and extreme judges. And it develops a tendency to toward the middles line, toward the mainstream. And although there is no quality criterion inbuilt in the produce, it has more or less contributed to a quite high quality of the members of the Constitutional Court. PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009, p. 47. Nessa linha de argumentação, John Ferejohn acredita que a mudança dos meios da Constituição, quanto à nomeação dos juízes, em uma época em que o tribunal constitucional é amplamente percebido como político, contribuiria na formação de maior consenso interno e, provavelmente, levaria a um tipo de cultura decisória diferente. Uma última observação acerca da questão das nomeações judiciais, essa proposta de uma regra supermajoritária deveria ser objeto de maior deliberação no âmbito da academia brasileira, que apenas oferece como resposta ao problema a criação de um mandato constitucional. Como afirma Bruce Ackerman, as constituições modernas inventaram melhores procedimentos para se lidar com as nomeações judiciais. ACKERMAN, Bruce. Judicial extremism: a german antidote. **Los Angeles Times**, 19.02.2003. Disponível: <http://articles.latimes.com/2003/feb/19/opinion/oe-ackerman19>.

<sup>205</sup> LEVMORE, **Voting paradox and interest groups...**, p. 278-281.



para refrear o impulso majoritário, de modo a complementar adequadamente o sistema da democracia consensual e promover a estrutura da separação de poderes.

À luz dessa construção teórica sobre o supermajoritarismo, McGinnis e Rappaport afirmam que as regras de supermaioria, como essência e propriedade da Constituição, são uma das maiores contribuições do constitucionalismo norte-americano, ao lado da instituição do controle de constitucionalidade (*judicial review*), para o constitucionalismo.<sup>206</sup>

A tese proposta por McGinnis e Michael Rappaport fornece argumentos teóricos necessários para o quadro normativo de tomada de decisão coletiva na arquitetura democrática constitucional, ao reforçar e iluminar o caráter supermajoritário da Constituição e seu compromisso com as deliberações nos processos decisórios e a estabilidade decorrente da teoria normativa implícita das regras de supermaioria.

Um último argumento, no entanto, faz-se necessário para completar a justificativa teórico-normativa da supermaioria como mecanismo de tomada de decisão coletiva constitucional. Brett King, ao analisar as disposições de supermaioria no quadro estrutural da Constituição, embora considere válidas as razões tomadas para justificar a adequação das regras supermajoritárias, como tutela da minoria, promoção da estrutura da separação de poderes e aperfeiçoamento do processo de produção de decisões governamentais, com maior consenso, argumenta que esses motivos são necessários, mas insuficientes para uma teoria bastante do supermajoritarismo.<sup>207</sup>

Isso porque, dada a arquitetura única da Constituição norte-americana, que é analisada pelo autor,<sup>208</sup> Brett King sustenta que as regras de supermaioria, ao contrário de serem contramajoritárias, atuam em reforço da soberania popular, ou seja, da própria maioria política na acepção negativa. Ou seja, deve-se reconhecer que as disposições supermajoritárias, incorporadas na estrutura constitucional, preferem o majoritarismo negativo em relação ao majoritarismo positivo.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Para uma análise da importância das regras supermajoritárias como mecanismo de tomada de decisão coletiva na Constituição, a partir de uma revisão empírica dos conceitos e fundamentos, levadas a cabo pelos *framers* e no *federalist papers* sobre as razões pelas quais as regras de maioria se justificaria em cada contexto decisório, ver KING, Brett W. **The use of supermajority provisions in the constitution...**, passim. Nessa pesquisa, interessante o argumento de que James Madison nos debates da Convenção Constitucional de 1787 ficou conhecido como *Mr. Supermajority Rule*, porque ele foi o delegado que, com maior frequência e consistência, defendeu as propostas de regras supermajoritárias, tanto no campo processual quanto substantivo. Fato esse que, por alguma incoerência, não é demonstrado nos *federalist papers*, momento no qual James Madison nada justificou sobre as regras de supermaioria. Como afirmado pelo autor, é uma tarefa muito difícil identificar as razões pelas quais os *framers* adotaram regras de supermaioria para seis casos específicos na estrutura constitucional e maiorias ordinárias para as demais hipóteses.

<sup>207</sup> KING, **The use of supermajority provisions in the constitution...**, p. 405-406.

<sup>208</sup> Ver a nota de rodapé n.º 97.

<sup>209</sup> KING, **The use of supermajority provisions in the constitution...**, *Ibid.*, p. 411.

Nessa perspectiva, sustenta que nos casos em que a Constituição permite que o Congresso substitua as ações da maioria de outro órgão decisor coletivo político majoritário, assim o faz, exigindo uma votação supermajoritária. Estrutura que significa que as ações da maioria apenas podem ser revogadas pelas ações extraordinárias de outros órgãos majoritários, procedimento que reforça a soberania popular.<sup>210</sup>

Com efeito, esse argumento da defesa da soberania popular pela estrutura constitucional supermajoritária soma-se aos demais aqui já afirmados, porquanto o majoritarismo negativo nada mais é que a outra face da tutela da estabilidade e do *status quo*. Maiorias especiais para alteração de outras maiorias privilegia a legislação representativa e deliberativa anterior para a tomada de outra decisão igualmente democrática.

A teoria do supermajoritarismo constitucional fornece um *insight* muito importante quanto à necessidade de se discutir a regra de decisão, afirmada para a jurisdição constitucional, exercida pelos tribunais constitucionais. Questão que não foi enfrentada pelos autores do supermajoritarismo teórico e objeto desta pesquisa.<sup>211</sup>

O supermajoritarismo, como mecanismo de tomada de decisão coletiva na abordagem aqui compartilhada e defendida, assimila o incômodo que Hans Kelsen expressava quanto ao papel e limites da regra da maioria como fundamento do exercício da democracia, e, ao mesmo tempo, oferece uma resposta compatível com o funcionamento de uma democracia constitucional.

Os fundamentos teóricos oferecidos pela doutrina do supermajoritarismo são os que melhor justificam o constitucionalismo e a democracia, do ponto de vista estrutural e processual. Nesse trabalho é compartilhada a premissa de estudar a democracia, o constitucionalismo e as cortes constitucionais enquanto procedimentos, não fazendo parte desse universo as objeções válidas e igualmente necessárias sobre o conteúdo das decisões, resultantes de tais procedimentos. Faz-se essa ressalva, porque, com efeito, embora as regras processuais atuem como mecanismo de constrangimentos para a obtenção de determinado resultado, nem sempre isso ocorrerá.

## 2.4 SUPERMAIORIA, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA CONSENSUAL

---

<sup>210</sup> KING, Ibid., p. 405-411.

<sup>211</sup> A regra de supermaioria, como método de decisão na arena dos tribunais, em particular, na Suprema Corte norte-americana, não foi argumento dos autores na sua teoria, que analisou detidamente os contextos decisórios em que essa regra se justificaria. Tal ausência evidencia uma lacuna na teorização proposta; nada obstante, cumpre registrar que esse problema não é novo no cenário norte-americano, porquanto foi objeto de amplas discussões no Congresso e, escala mais isolada, na literatura constitucional. Trata-se de argumento que será abordado mais especificamente no quarto capítulo da presente tese.

Um dos principais argumentos defendidos pelos expositores da democracia consensual, como afirmado no primeiro capítulo desta tese, é a característica da qualidade e da estabilidade, trazida por este modelo, por meio da adoção de regras de decisão mais consensuais, que são mais sensíveis às minorias do que os regimes majoritários puros, e ao pluralismo político, traduzido no compromisso deliberativo estrutural na tomada de decisão. Esse fato permite o compartilhamento e divisão dos poderes e responsabilidade entre distintas instituições governamentais. Essa formatação democrática favorece o alcance de melhores decisões governamentais, em termos de eficiência, qualidade e respeito à estrutura da divisão de poderes.<sup>212</sup>

Arend Lijphart, a partir de uma abordagem comparada e empírica, demonstra que a democracia de consenso tem preferência por regras de decisão supermajoritárias, seja no nível vertical com a configuração de quóruns mais elevados, como maioria de dois terços e/ou de três quintos, seja no nível horizontal, com a conjugação de decisões tomadas por órgãos políticos, estruturados diversamente, em suas preferências e formação, como o bicameralismo e o federalismo.

A democracia de consenso, tal como delineada no mapa bidimensional conceitual proposto por Arend Lijphart, requer para sua adequada configuração e afirmação de propósitos uma arquitetura institucional que atue como mecanismo de impedimento ao exercício do poder político majoritário, de forma a complementar os sistemas de representação proporcional e o uso do federalismo que caracterizam as recentes democracias constitucionais.<sup>213</sup>

Esse mecanismo de limitação da atuação das maiorias políticas, seja ele resultante de um modelo majoritário puro ou representativo proporcional, tem sua configuração nas variáveis da Constituição rígida, estruturada a partir dos direitos fundamentais, dos mecanismos de separação de poderes e dos tribunais constitucionais, enquanto órgãos judiciais independentes, voltados para a tutela da Constituição.<sup>214</sup> Variáveis que são métodos de decisão

---

<sup>212</sup> LIJPHART, *Patterns of democracy...*, passim; PASQUINO, Pasquale. A political theory of constitutional democracy. On legitimacy of constitutional courts in stable liberal democracies. **Straus Institute Working Paper** n.º 4, 2013. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP4Pasquino.pdf>; ISSACHAROFF, Samuel. The majoritarian threat to democracy: constitutional courts and the democratic pact. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 236-256; ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. **The Georgetown Law Journal**, 2011, vol. 99, p. 961-1012; ISSACHAROFF, Samuel. Democracy and collective decision. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 6, 2008, p. 231-266.

<sup>213</sup> ISSACHAROFF, *The majoritarian threat to democracy...*, p. 252.

<sup>214</sup> “The continuity comes with the critical issue facing new democracies: the need for a credible constraint on the exercise of majoritarian power. The change comes in the form of institutional design, with reliance on

contramajoritários em sua essência e justificação e supermajoritários na sua estrutura. Nesse cenário, é possível inferir que a democracia consensual ilumina as regras do processo decisório, reforçando o caráter supermajoritário da Constituição e seu compromisso com a deliberação nos processos decisórios, com os direitos fundamentais, com a estabilidade das decisões do Estado e, por conseguinte, com os saldos intergeracionais.

O domínio do método de decisão majoritário, na imaginação constitucional contemporânea, é refutado pela presença das regras supermajoritárias como mecanismo de tomada de decisão coletiva para as questões mais importantes e estruturantes do Estado Constitucional e da própria democracia. Todavia, esse quadro decisório não quer dizer que a regra majoritária seja um fenômeno isolado na (e da) democracia.

As democracias constitucionais utilizam-se de uma variedade de métodos e regras de votação para produzir suas decisões coletivas. Essa variedade de métodos pode ser reduzida a três categorias principais de regras de decisão, quais sejam: maioria simples, maioria absoluta e maioria qualificada. Categorias decisórias que estão espalhadas nos diversos contextos coletivos do quadro constitucional: escolha de representantes nos sistemas eleitorais; referendos e plebiscitos; processo legislativo bicameral; modificação formal da Constituição; ratificação de tratados; aplicação de sanções, jurisdição constitucional, entre outros.

No funcionamento ordinário de uma democracia, as tomadas de decisões coletivas, em geral, ou em termos quantitativos, são estruturadas pela regra de votação majoritária, e isso se justifica e é compatível com os valores e propósitos, que informam os diversos contextos decisórios coletivos.<sup>215</sup> Por outro lado, no nível da legislação constitucional, incorporam-se técnicas decisórias, igualmente democráticas, mas com outros valores agregados, os quais justificam a opção pela regra da maioria qualificada.

Isso quer dizer que a escolha por um método de decisão de maioria ordinária ou de maioria qualificada é condicionada às propriedades e às justificativas do órgão decisor e da própria decisão. A regra de maioria, como argumentado no tópico precedente, tem como principais fundamentos a tutela dos valores da liberdade e da igualdade política dos decisores, a facilidade procedimental de tomada de decisões mais rápidas, a assunção de menores custos

---

consociational power sharing being replaced by reliance on constitutional constraints on democratic actions that in turn are enforced by constitutional courts created for this express purpose.” ISSACHAROFF, *Ibid.*, p. 237-238.

<sup>215</sup> Sobre as boas razões normativas da regra majoritária, ver VERMEULE, Adrian. The force of majority rule. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 132-158. Em sentido contrário, discutindo as complexidades dos argumentos da brutalidade e tirania da maioria, bem como os desenhos institucionais que podem promover uma reversão desses efeitos negativos da regra majoritária, ver ELSTER, Jon. Tyranny and brutality of the majority. ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 159-176.

decisórios e a abrangência vinculativa de suas decisões, restritas ao espaço do órgão decisor. Circunstâncias consideradas na escolha do desenho institucional.

A regra de supermaioria ou qualificada, por sua vez, acumula esses valores da regra da maioria e agrega outros, o que faz com que sua adoção seja feita para os casos de tomadas de decisões mais importantes no quadro normativo constitucional, haja vista que seus custos decisórios são altos, motivo pelo qual não são compensados em qualquer situação.

Ou seja, em uma democracia constitucional, a adoção de regras de supermaioria (qualificada) justifica-se pelas seguintes razões normativas: importância da matéria da qual deriva a necessidade de se chegar a acordos mais amplos entre as distintas forças políticas com representação parlamentar; necessidade de tutela das minorias e sua liberdade positiva de participação; consideração como premissa do *status quo*; promoção da estrutura da separação dos poderes, em decorrência da amplitude dos efeitos da decisão tomada pelo órgão decisor, tutela da estabilidade como elemento essencial do processo decisório que visa ter um efeito positivo de saldo intergeracional.

À vista da preferência por procedimentos decisórios qualificados e consensuais, pode-se estabelecer uma correlação normativa entre a democracia consensual e o supermajoritarismo constitucional. Correlação que se justifica a partir de uma orientação decisória coletiva coerente, no quadro da democracia constitucional, como demonstrado com as escolhas e preferências para cada tipo de método de decisão.

As regras de decisão predominantes e mais importantes na vida política e constitucional, de forma geral, foram justificadas a partir do compromisso constitucional com o supermajoritarismo e dentro do quadro conceitual da democracia consensual. Todavia, nesses argumentos acerca dos mecanismos de tomada de decisão coletiva suas propriedades e justificativas não foi desenvolvida uma conta teórica e normativa adequada sobre a regra de decisão coletiva tomada pelos tribunais, especificamente os *tribunais constitucionais*.

O papel central assumido pela jurisdição constitucional nas democracias constitucionais contemporâneas<sup>216</sup> revela a necessidade de se discutir sobre os procedimentos decisórios e de

---

<sup>216</sup> Sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional contemporânea ver, CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995; SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000; GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases**. New York: Cambridge University Press, 2003; GINSBURG, Tom. The global spread of constitutionalism review. In: **The Oxford Handbook Law and Politics**, ed. Keith Whittington et al. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 81-98; HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004; ALBERTS, Susan; WARSHAW Chris; WEINGAST, R. Barry. Democratization and countermajoritarian institutions: power and constitutional design in self-enforcing

votação que uma corte constitucional adota. No entanto, a literatura jurídica constitucional e processual, não obstante o desenvolvimento de uma sofisticada produção doutrinária no âmbito da ciência política, prestou pouca atenção às regras específicas de decisão das cortes constitucionais.<sup>217</sup>

Da perspectiva do papel assumido pelas cortes e tribunais constitucionais, justificada na sua essência contramajoritária, será que tanto faz o método de decisão escolhido para seu desenho institucional?<sup>218</sup> A regra de maioria simples ou absoluta, que produz resultados de maiorias estreitas, é compatível com essa justificativa? Importa perguntar sobre isso? Os mecanismos de tomada de decisão coletiva podem ser arguidos nos mesmos termos e a partir das mesmas justificativas do campo democrático quando se trata do desenho institucional das cortes constitucionais? O argumento do compromisso constitucional, com o supermajoritarismo, traz alguma implicação para o contexto decisório das cortes e tribunais constitucionais? Juízes não eleitos e não responsáveis, perante o voto, podem impor aos cidadãos suas decisões, utilizando a mesma regra de julgamento de que dispõe um parlamento, no qual os membros são responsáveis perante seus eleitores?<sup>219</sup> Em termos de qualidade e eficiência, o tipo de regra de decisão faz diferença?

O problema aqui colocado não se resume em responder à pergunta se o quadro constitucional normativo exige uma regra de supermaioria para as tomadas de decisão coletiva das cortes constitucionais, mas sim se essa regra de decisão é compatível e coerente com o quadro normativo supermajoritário da democracia constitucional.

Ou seja, o problema, em primeiro lugar, está na elaboração de uma justificação adequada

---

democracy. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 69-100.

<sup>217</sup> Essa ausência de dedicação da academia ao problema dos mecanismos de tomada de decisão coletiva nas cortes constitucionais, e mais especificamente, no contexto da literatura jurídica brasileira, pode ser explicada a partir de um argumento histórico, de como era percebida a função dos tribunais constitucionais e mesmo o papel da jurisdição de uma forma geral, concebida como meramente declaratória.

<sup>218</sup> Essa questão sempre foi o pano de fundo da preocupação teórica, expressada por Jeremy Waldron, quanto à justificação do controle de constitucionalidade (*judicial review*), porquanto, embora esse se apresentasse como resposta ao controle das maiorias políticas ocasionais, igualmente adotava, como método de decisão para a resolução dos desacordos, a votação por maioria. Esse cenário demonstraria, para o autor, a desconfiança que não se dava propriamente quanto ao método de decisão majoritário, mas, sim, quanto aos decisores. Dessa perspectiva, inclusive, procurou demonstrar como a regra de maioria nos tribunais era assumida como o único mecanismo de tomada de decisão coletiva, sem que para tanto fossem oferecidas quaisquer razões, ou mesmo suscitadas maiores discussões, quadro teórico que, entende o autor, ainda é um problema em aberto. Cf. WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? **Yale Law Journal**, vol. 123, 2014, p. 1692-1730; WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C (Eds.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. (tradução de Marcelo Alegre e Paola Bergallo). Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 249-267.

<sup>219</sup> Cf. PASQUINO, Pasquale. Le autorità non elletive nelle democrazie. **Il Mulino- Rivisteweb**. n.º 4, luglio-agosto, 2001, p. 596-604; PASQUINO, Pasquale. Votare e deliberare. **Filosofia Politica**, n.º 1, p. 103-114, 2006; PASQUINO, Pasquale. Il giudice e il voto. **Il Mulino**, fascicolo 5, settembre-ottobre, 2003, p. 803-812.

das regras decisórias em uma democracia constitucional, objetivo deste capítulo, para só então analisar a necessidade de sua escolha na estrutura jurisdicional e como implementá-la, no caso desse trabalho, no quadro decisório brasileiro.

Essa é a questão a ser desenvolvida no próximo capítulo, com o propósito de oferecer uma justificação teórica coerente acerca do regime das regras de decisão em um sistema jurídico-político configurado nas democracias constitucionais contemporâneas. Uma vez que os tribunais constitucionais são órgãos coletivos, faz-se imprescindível explorar, do ponto de vista descritivo e normativo, as regras para a tomada de decisão.



### 3 CONFIGURANDO REGRAS DE DECISÃO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 DECIDINDO NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA QUESTÃO DE DECISÃO INSTITUCIONAL E NÃO DE MERA OPINIÃO

Ainda que paire sobre os tribunais a ideia de que sua função consiste em resolver casos particulares, eles devem pensar na resolução do caso sob os auspícios da definição de uma justificação normativa que tenha pretensão universalizável, ou seja, que possa ser aplicada em todos os casos concretos semelhantes.<sup>220</sup> Caso contrário, a resposta jurisdicional dada aos litigantes, ali situados em sua frente, será a de um governo de homens, e não efetivamente a de um governo de direito, que tem por objetivo realizar a justiça formal, ao menos na dimensão procedimental do Estado.<sup>221</sup>

Nesse cenário, a atividade jurisdicional tem duas funções principais a desenvolver e cumprir, quais sejam: a primeira refere-se ao dever de resolução das disputas jurídicas, porquanto sociedades complexas como a nossa precisam de uma instituição que seja capaz de resolver conclusivamente os litígios decorrentes da reivindicação dos direitos e de sua aplicação, função atribuída, dentro da organização dos Poderes de Estado, aos tribunais,

<sup>220</sup> Sobre o conceito do critério da universalidade na Filosofia do Direito, ver, por todos, MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; GASCON, Marina. **Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self-precedent**. *Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP, Beiheft*, n.º 133, 2012. p. 35-50. Em especial sobre a sua aplicação no contexto da justificação das decisões judiciais e no controle da atividade de interpretação e reconstrução do Direito pelas Supremas Cortes, enquanto cortes de vértice da organização hierárquica do Poder Judiciário, literatura brasileira, ver PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. ver., atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; ZANETTI, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>221</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach*. **NYU School of Law, Public Law Research Paper** n.º 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Ainda, pertinente o argumento de John Ferejohn, cientista político, que se dedica ao estudo do papel e legitimidade das cortes constitucionais, a partir da premissa de uma nova ressignificação da teoria da separação de poderes, tal como outrora desenhada. Da sua leitura das estruturas e funções institucionais atribuídas às mais diversas instituições governamentais, fica evidenciado esse novo cenário normativo do Estado, em que Legislativo e Judiciário compartilham autoridade no processo de criação e estabilização dos direitos nas democracias constitucionais contemporâneas. FEREJOHN, John. *Constitutional review in global context*. **N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy**, vol. 6, n.º 1, 2002. p. 49-59. No mesmo sentido, ver PASQUINO, Pasquale. *A political theory of constitutional democracy*. On legitimacy of constitutional courts in stable liberal democracies. **Straus Institute Working Paper** n.º 4, 2013, Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP4Pasquino.pdf>.

enquanto instituições independentes dos demais atores políticos e sociais e vinculadas ao sistema positivo de direito e às argumentações jurídicas em disputa no processo judicial. A segunda função diz respeito ao objetivo de *enriquecimento do estoque* das normas jurídicas, por meio da atividade de interpretação e aplicação do direito no processo judicial.<sup>222</sup>

Compete aos juízes, na prática jurisdicional, tutelar o adequado e efetivo cumprimento dos valores que justificam o Estado de Direito, uma vez que, no espaço das decisões judiciais, a deliberação argumentativa do Direito se desenvolve com o fim de se chegar a um acordo ou imposição de qual interpretação deve ser atribuída à norma jurídica em deliberação, de modo a garantir, no mesmo ato, a solução mais adequada ao caso concreto e para a formação do sistema jurídico.

Os juízes se apresentam na ordem normativa institucional e constitucional como solucionadores imparciais de disputas entre cidadãos e entre estes e o poder público. Por isso, o que os cidadãos e o Estado esperam minimamente dos juízes é que estes resolvam os problemas jurídicos de acordo com o Direito, e não com suas convicções pessoais, sejam de ordem moral, religiosa, política ou social. Como argumenta MacCormick “*as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que sejam levadas a sério) (...) demonstrem que suas decisões garantem a ‘justiça de acordo com a lei’, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias*”.<sup>223</sup>

Em outras palavras, os órgãos jurisdicionais vistos como racionais e imparciais justificam sua atuação jurisdicional por meio de suas decisões que se fundamentam em informações e argumentos jurídicos relevantes para os casos. Essa fase postulatória e de colheita das informações e argumentos deve ser conforme ao que foi amplamente discutido no processo, nos termos das argumentações trazidas pelas partes e pelo próprio órgão jurisdicional, no

---

<sup>222</sup> Melvin Eisenberg, ao tratar da função social dos tribunais, afirma que a eles compete o exercício de duas funções, a de resolver disputas jurídicas e a de enriquecer o estoque das regras jurídicas (*enriching the supply of legal rules*), sendo que esta segunda função deve ser desenvolvida pelos tribunais como uma obrigação a ser observada, embora essa função ocorra mesmo nos contextos em que os tribunais assumem a única função de resolver disputas privadas. De acordo com o Professor norte-americano: “it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct - not by taking on lawmaking as a free-standing function but by attaching much greater emphasis to the establishment of legal rules than would be necessary if the courts sole function was the resolution of disputes (...). Under the enrichment model, in contrast, the establishment of legal rules to govern social conduct is treated as desirable in itself – although subordinated in a variety of important ways of dispute-resolution – so that the courts consciously take on the function of developing certain bodies of law, albeit on a case-by-case basis”. **The nature of common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 5-7. Este modelo de função requer que as regras jurídicas definidas sejam tratadas como vinculantes para os futuros casos semelhantes.

<sup>223</sup> MACCORMICK, **Argumentação jurídica e teoria do direito...**, p. 21.

exercício da sua atuação de ofício.<sup>224</sup> Essa atuação demonstra legitimidade aos olhos dos jurisdicionados e dos demais atores institucionais porque afasta as interferências externas, qualificadas como políticas, opiniões pessoais ou argumentos puramente consequencialistas.<sup>225</sup>

A decisão pela interpretação mais adequada é uma atividade difícil e exige muito do raciocínio jurídico formado pelos juízes, porquanto, de uma forma geral, os argumentos defendidos pelas partes representam teses jurídicas adequadas, expostas de forma persuasiva e coerente, o que faz com que a decisão se dê entre interpretações igualmente válidas, decorrentes de um mesmo texto legal e para um mesmo problema jurídico.<sup>226</sup>

A exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de uma justificação racional que exponha sua pretensão de resolução da disputa privada ou pública por meio de uma razão universalizável, que seja capaz de ser replicada nos casos semelhantes.<sup>227</sup> As decisões judiciais, nessa perspectiva, assumem a genuína função de servirem como elementos de prescrição normativa na ordem jurídica, em resposta à dinâmica que o ordenamento exige, na medida em que o Legislativo não consegue dar conta da demanda por regulação dos fatos sociais de forma adequada e satisfatória na velocidade em que a sociedade se desenvolve.

Mais especificamente, aos tribunais de vértice do sistema, categorizados como Cortes Supremas,<sup>228</sup> compete institucionalmente a promoção e definição das normas jurídicas,

<sup>224</sup> De acordo com a visão cooperativa do processo civil desenhada a partir dos direitos fundamentais processuais, ver, por todos, MITIDIERO, Daniel. **A colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>225</sup> Sobre o argumento consequencialista na acepção jurídica na argumentação jurídica, ver MACCORMICK, A. **Retórica e o Estado de Direito...**, p. 149-159.

<sup>226</sup> Sobre a questão da indeterminação do Direito e sua interpretação na jurisdição como um dos problemas essenciais para a Filosofia do Direito contemporânea, reanimada a partir da teoria constitucional e sua centralidade no funcionamento do Estado e da ordem jurídica como fundamento de validade, ver trabalho anterior PEREIRA, A. **legitimidade dos precedentes...**, p. 21-79. Ainda, ver SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004; SCHAUER, Frederick. Opinions as rules. **The University of Chicago Law Review**, vol. 62, n.º 4, 1995, p. 1455-1475.

<sup>227</sup> A expressão replicabilidade é usada por Melvin Einseberg para denotar um dos princípios fundamentais que deve governar a forma como a lei é estabelecida e modificada pelos tribunais. Nesse sentido, o jurista norte-americano argumenta que o princípio da replicabilidade tem como principal aspecto fornecer aos tribunais o emprego de uma metodologia consistente de resolução dos casos particulares, que afaste a arbitrariedade do Direito. Em suas palavras: “Since the courts remain the final arbiters of law, if courts did not use a replicable process of reasoning the profession could not give reliable legal advice in planning and dispute-settlement, and planning and dispute-settlement on the basis of law would be frustrated. (...). If the courts employed one set of criteria for selecting relevant social propositions in some cases and a wholly different set of criteria in others, judicial reasoning would become non replicable unless there were clear principles that controlled which criteria were used in which cases”. **The Nature of the Common Law...**, p. 11-12.

<sup>228</sup> Nomenclatura atribuída, a partir da ressignificação do papel das cortes de vértice como órgãos jurisdicionais vocacionados à tutela do precedente judicial, na doutrina brasileira por Daniel Mitidiero, **Cortes Superiores e Cortes Supremas...**, *passim*. No mesmo sentido, MARINONI, **STJ enquanto corte de precedente...**, *passim*. Ver também TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 11-36; STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 335-358;

resultado do processo de aplicação do Direito, bem como a estabilidade da ordem normativa para reger as condutas sociais<sup>229</sup> por meio dos precedentes judiciais.

A prática de seguir precedentes, assim, apresenta-se como princípio central no processo de tomada de decisão judicial, que tem por objetivo a tutela dos valores da racionalidade, da imparcialidade, da liberdade e da igualdade formal, no momento da reconstrução do Direito pelos juízes. E este é um dado importante porque o discurso jurídico, notadamente a decisão judicial, deve ser capaz de satisfazer as condições de aceitabilidade racional e objetividade, embora nem sempre satisfaça a aceitabilidade subjetiva da parte vencida.<sup>230</sup>

Tudo que é afirmado para a atividade de interpretação e aplicação do direito comum pelos tribunais vale para o processo de interpretação e aplicação do direito constitucional, por conseguinte, da própria Constituição. A suprema corte constitucional, nesse quadro normativo, decide sobre as questões constitucionais segundo e sobre a Constituição em si mesma.

Em outras palavras, a Constituição não existe por si mesma; por si mesma ela é um texto legal que vive por meio da sua interpretação e aplicação. Gustavo Zagrebelsky coloca a questão, com a perspicácia de quem foi um dos sujeitos interpretativos da Constituição por nove anos na corte constitucional italiana. De acordo com o Professor italiano, pode-se dizer que, quando a Corte *vota*, ela decide sobre a interpretação da Constituição e não sobre ela em si, mas isso é o bastante para se reconhecer a dificuldade que deriva da máxima *sobre a Constituição não se*

---

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme**: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè, 2001, p. 105-116; SILVESTRI, Gaetano. Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In: **Le Corti Supreme**: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001, p. 35-50; KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**. Milano: Giuffrè, anno LIII, 1999, p. 143-148.

<sup>229</sup> Desse modo, pode-se afirmar que “a *dinâmica do ordenamento jurídico é produzida, em última instância pelos juristas práticos. Deste ponto de vista, o criador, mais importante do sistema – mais do que o legislador – é o juiz, especialmente os juízes da Corte Suprema*”. Este fato revela a cumplicidade e responsabilidade que deve haver entre os poderes legislativo e judiciário na atividade de produção das normas jurídicas. AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 183.

<sup>230</sup> Melvin Eisenberg ao tratar da função que os tribunais desempenham na nossa sociedade contemporânea (em especial, na figura do raciocínio jurídico do *common law*), marcada pela complexidade, impessoalidade e pluralidade, afirma que um dos princípios estruturantes que governam a forma em que o Direito é definido e modificado, bem como que imprime legitimidade à atuação dos tribunais, é o da objetividade. Isso porque este princípio impõe ao julgador o dever de resolver a disputa jurídica com fundamento em normas jurídicas que possam ser aplicadas em casos similares, e não apenas no interesse das partes imediatas. Segundo o autor: “The principle of objectivity entails several related ideas. One is the concept of impartiality, which requires the courts to be free of ties to the parties. Another is the concept of universality, which requires the courts to resolve disputes by establishing and applying rules that are applicable not merely to the parties to the immediate dispute but to all those who are similarly situated.” **The Nature of the Common Law**..., p. 8-9.

*vota*. Isso porque as cortes constitucionais se configuram como autênticas assembleias constituintes permanentes, em razão da sua atividade de interpretação e aplicação.<sup>231</sup>

Em cada questão de direito constitucional não se trata simplesmente de aplicar a Constituição, mas antes de resolver um conflito entre normas que exige, primeiro, a definição do conteúdo da norma constitucional, para depois o seu cotejo com o ato normativo impugnado e objeto de controle, a fim de se verificar sua validade constitucional. Quanto a esse argumento poderia ser alegado que o conteúdo constitucional é tarefa do legislador constitucional, e não de uma Corte. Todavia, é justamente a percepção dessa franca realidade, a partir da Teoria do Direito e do que significa o processo de interpretação e aplicação do Direito, que o ideal de separação de poderes deve ser revisto.<sup>232</sup>

A corte constitucional, portanto, trabalha a partir da premissa da tutela da continuidade da ordem normativa constitucional, e não como o Legislativo, que no seu processo decisório parte da desconsideração do marco regulatório precedente, método de trabalho procedimental este que permite um ajuste mais célere às *vontades* da política majoritária ocasional. Se não fosse assim a decisão jurisdicional seria produto do particularismo decisório, e não da racionalidade jurídica configurada no processo de interpretação e aplicação do texto constitucional.

---

<sup>231</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principi e voti**: la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo. La corte in politica. **Quaderni costituzionale**, XXV, n.º 2, giugno 2005, p. 273-282. Em momento anterior, sobre essa questão da ressignificação do papel da jurisdição no contexto do Estado Constitucional, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi; 1992. O professor italiano demonstra preocupação com a questão do julgamento colegiado nas Cortes constitucionais, porque tem o explícito receio de que a interpretação decorrente da atividade de aplicação da constituição retome a natureza do processo político parlamentar em que divisão e votação são mecanismos proeminentes. Nesse sentido, chega a afirmar que a Constituição já é o resultado de uma votação dividida, de modo que não compete às cortes igualmente resolver os problemas de sua validade e afirmação constitucional no Estado Constitucional por meio de outra votação dividida, daí porque sustenta a forma da opinião institucional da corte, sem a possibilidade de publicação de votos divergentes. Cf. ZAGREBELSKY, **Principi e voti...**, *passim*.

<sup>232</sup> Tarefa de que a própria ciência política já está se ocupando, como representado nos trabalhos levados a cabo pelos Professores Pasquale Pasquino e John Ferejohn, ver, sobre a questão, o primeiro capítulo. Especificamente quanto ao ponto e à ressignificação da função da jurisdição constitucional brasileira, ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Sobre a mesma temática, a partir de uma perspectiva do direito constitucional e sua relação com a política majoritária ver BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 12, n.º 96, fev./mai. 2010. p. 5-43; BARROSO, Luís Roberto. Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Ed.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34. Por fim, ver também, por ter sido o precursor nessa abordagem da jurisdição constitucional, notadamente em uma perspectiva comparada, CAPPELLETTI, Mauro. The mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis. **Southern California Law Review**, vol. 53, 1980, p. 409-445. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiantig Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”. **Catholic Law Review**, vol. 35, 1985, p. 1-32; CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law Review**, vol. 58, n.º 5, 1970, p. 1017-1053.



O precedente jurisdicional no espaço da corte constitucional deve ser tomado como ponto de partida do processo decisório, de modo a servir como verdadeira técnica de controle da racionalidade da decisão judicial, por meio da sua justificação. Assim, levar o precedente judicial a sério implica observância da preferência pelo *status quo*, independente da *opinião* momentânea do juiz individual, que no âmbito da corte deve ser apenas um elemento da composição da vontade coletiva, e mesmo da vontade coletiva momentânea do tribunal.<sup>233</sup>

Melhor explicando: o precedente judicial implica regra de presunção de eficácia da norma jurisdicional anterior, de modo que a sua não observância apenas deve ocorrer mediante o uso das técnicas de superação ou distinção. O direito constitucional exige, como premissa da sua própria estrutura, continuidade e coerência da ordem normativa, bem como estabilidade por meio de saldos interpretativos intergeracionais.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> O julgamento em tribunais, que são órgãos jurisdicionais multimembros ou coletivos, impõe uma nova metodologia e racionalidade decisória. Isso porque, de uma forma geral, o julgamento nos tribunais ocorre a partir de uma metodologia atomística e agregativa. Ou seja, a preferência é ainda pelos julgamentos individuais sobre o problema jurídico e a resolução do caso, sendo que apenas ao final se agregam as decisões a favor ou contra determinados resultados. O julgamento coletivo em tribunais não parte de um protocolo essencialmente colegiado e direcionado para a formação de uma opinião da Corte; ao contrário, a opinião é soma de decisões individuais que, muitas vezes, não se comunicam. E isso é um sério problema para um sistema voltado para a construção de precedentes e para a racionalidade das decisões judiciais. A justificação de uma decisão coletiva não comporta o mesmo modelo das decisões monocráticas e individuais, que sempre foram o objeto das grandes teorias da argumentação jurídica. Essa questão, porém, não é objeto desta tese, por limitações metodológicas e por já ter sido objeto de outras. Nesse sentido, ver KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, vol. 81, n.º 1, 1993, p. 1-59; KORNHAUSER, Lewis A. Deciding Together (October 2013). *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research*, Paper No. 13-37. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>; KORNHAUSER, Lewis A. Modeling collegial courts. *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 8, n.º 3, 1992, p. 441-470; CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Understanding collegiality on the court. *Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n.º 2, jan. 2008, p. 257-271; DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, vol. 59, 1974, p. 59-86; ASSOCIATION, Harvard Law Review. Plurality decisions and judicial decisionmaking. *Harvard Law Review*, vol. 94, n.º 5, 1981. p. 1127-1146. Todas essas considerações se aplicam ao contexto jurisdicional brasileiro, que igualmente ainda adota um protocolo de julgamento coletivo agregativo, e não colegiado, em sua essência; sobre essa questão, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Especificamente sobre o tema da dispersão de votos e ausência de justificação coletiva, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Distinção entre fundamento do acórdão e fundamento de voto. *Revista de Processo*, vol. 2, abril/1976, p. 300. ARAGÃO, Egas Dirceu. *Embargos infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974; LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 48, jan/jun, 2016, p. 139-166. Cumpre assinalar a importância dessa temática da metodologia de julgamento em órgãos multi-membros, porque se trata de uma questão correlata, em termos de desenho institucional das cortes supremas constitucionais, para dar uma resposta normativa adequada à sua justificação e legitimidade enquanto instituição essencialmente deliberativa na construção da *razão pública* - sobre essa abordagem, ver MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Nosso problema de pesquisa circunscreve-se à regra de julgamento na jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, mas o problema da forma de deliberação intracorte caminha lado a lado na busca pelo melhor desenho institucional.

<sup>234</sup> Cf. KNIGHT, Jack. Institutionalizing constitutional interpretation. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. New York: Cambridge University Press, 2001; p. 361-392.

A atividade jurisdicional, por ser contínua, deve estar atenta às circunstâncias da realidade cultural e econômica como forma de manter a permanente construção do direito jurisdicional. Todavia, é certo que essa construção do direito jurisdicional deve ocorrer de forma gradual e técnica, por meio da interpretação do precedente e da aplicação das suas técnicas correlatas, como distinção, superação, sinalização e desenvolvimento progressivo pela ampliação ou redução da *ratio decidendi*.

Os precedentes judiciais reforçam a força institucional do Poder Judiciário.<sup>235</sup> O significado da legitimidade institucional e decisória seguem duas características bem conhecidas do Poder Judiciário. Em primeiro lugar, ao contrário dos oficiais eleitos ou dos burocratas, espera-se dos juízes o fornecimento de justificação jurídica imparcial para suas decisões.<sup>236</sup> Um elemento importante desta expectativa é o respeito pelos seus próprios precedentes, no contexto da sua direção horizontal, critério formal de correção e racionalidade das decisões judiciais que objetiva afastar interferências externas na atividade decisória.

Em segundo lugar, os tribunais constitucionais não possuem importantes poderes de implementação de suas decisões, ainda mais quando se trata de questões com reflexos no campo político, de modo que a aceitabilidade e o efetivo cumprimento por terceiros dependem muito de sua reputação externa. A promoção da legitimidade institucional e decisória é que garante esta reputação externa do tribunal e, por conseguinte, a aceitabilidade de suas decisões. A percepção de alguma atuação ilegítima, fora dos argumentos jurídicos, traz grande insegurança e *déficit de confiança*.

Esse argumento do respeito do público e da confiança da sociedade, bem como das demais instituições integrantes do regime democrático constitucional na suprema corte ou no tribunal constitucional não se trata de retórica ou falácia.<sup>237</sup> Como afirma Gustavo Zagrebessky, o direito constitucional enquanto Direito é estabilidade, unidade, busca de amplo consenso e equilíbrio entre os princípios da vida social e política.<sup>238</sup> O respeito do público, configurado no

<sup>235</sup>Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997; MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. **Acta Juridica**, n.º 187, 1998, p. 174-187; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>236</sup> Cf. PASQUINO, Pasquale. Le autorità non elletive nelle democrazie. **Il Mulino- Rivisteweb**, n.º 4, luglio-agosto, 2001, p. 596-604; PASQUINO, Pasquale. Votare e deliberare. **Filosofia Politica**, n.º 1, 2006, p. 103-114; PASQUINO, Pasquale. Il giudice e il voto. **Il Mulino**, fascicolo 5, settembre-ottobre, 2003, p. 803-812.

<sup>237</sup> Nesse sentido, as afirmações de Dieter Grimm e de Pedro Villalón, acerca da experiência da cultura constitucional e do papel das cortes constitucionais como elementos catalizadores da promoção dessa cultura e da legitimidade. Cf. PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009, p. 52-57 e p. 85-95.

<sup>238</sup> ZAGREBESKY, **Principi e voti...**, p. 116. De acordo com Zagrebelsky, o direito aplicado, tal como produto da função e atividade jurisdicional, não se vale da força em sentido estrito, mas sim de uma força imaterial que



acúmulo do capital político e jurídico conquistado pela corte,<sup>239</sup> é essencial para que ela possa intervir em assuntos delicados que envolvam temas de desrespeito à própria democracia, como questões de partidos e eleições.

Nesse cenário, fica claro que a força imaterial dos tribunais se realiza nas razões jurídicas adotadas nas decisões, motivo pelo qual esta expressão institucional da corte deve ser informada por elementos essenciais, derivados da própria natureza do seu objeto de tutela: a Constituição.

Tais elementos são a formação do consenso mais amplo, a coerência com seu passado decisório e a estabilidade e a continuidade da ordem normativa. A decisão precisa ser revestida de tais elementos para ser racional e, por conseguinte, imprimir aceitabilidade por meio da sua força imaterial.

Quanto ao ponto, Gustavo Zagrebelsky argumenta que o juiz não pode chamar a favor de sua autoridade qualquer força material, somente a cultura constitucional, aquela precisamente definida como vontade da Constituição, que nasce da necessidade de se viver no reino do Direito, que regula a força, e não no reino da força. Esse argumento é igualmente compartilhado por Dieter Grimm, a partir da sua experiência como juiz da corte constitucional alemã.<sup>240</sup>

Ademais, há que se considerar aqui, retomando os argumentos desenvolvidos nos primeiro e segundo capítulos, que o respeito e a aceitação da atuação dos tribunais constitucionais na democracia constitucional de consenso, com mais razão, fazem-se necessários na atividade de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Isso porque o

---

não constrange o corpo físico dos membros da comunidade política, mas sim o ânimo. A força imaterial da democracia está no número majoritário alcançado na assembleia coletiva política, que é suportado pela investidura popular. Contra essa força, a jurisdição constitucional, enquanto instituição contramajoritária, mas democrática na definição consensual, tem apenas a força imaterial da razão pública jurídica. Ibid., p. 120.

<sup>239</sup> SHAPIRO, Martin. Judicial review: political reality and legislative purpose: the Supreme Court's supervision of congressional investigations. **Vanderbit Law Review**, vol. 15, 1962. p. 535-557; SHAPIRO, Martin. The supreme court and constitutional adjudication: of politics and neutral principles. **The George Washington Law Review**, vol. 31, 1963. p. 587-606; AHARON, Barak. Foreword: "A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". **Havard Law Review**, n.º 16, 2002. p. 19-162.

<sup>240</sup> O argumento de Dieter Grimm reforça a ideia do patrimônio imaterial das cortes constitucionais: "I was on the court in the times of the major changes in the world after 1989-1990. Delegation after delegation from the former socialist countries and other countries like South Africa came to the German Constitutional Court. First, the parliamentary delegations who drafted new constitutions, then the newly elected Constitutional Courts. And they had a lot of questions, but one question was asked by every delegation: {How do you arrive at a situation where politicians comply with the Constitution and with the rulings of the Constitutional Court even if they are in total disagreement with that?} This question is difficult to answer; my answer was {Always They will do it when disobeying becomes too costly. And disobeying by a society who trusts the Court and backs the Court}. Happily enough, this was the case in Germany and it still more or less the case. Things can change very soon, one can never rely that things remain as they are. But this was my most importante answer." PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions..., p. 56-57.

ato normativo, mais especificamente o ato legislativo, é produto de um processo decisório qualificado como supermajoritário implícito na sua dimensão horizontal de compartilhamento de poderes e responsabilidades, mediante o bicameralismo.<sup>241</sup>

Processo decisório que, de acordo com a abordagem da regra majoritária no campo da democracia real do Parlamento, tal como proposta por Hans Kelsen, é informado pelo compromisso com a deliberação e consequente tutela das minorias, na medida em que a minoria é tomada como decisor de igual valor e com mesma liberdade política no processo de negociação e contagem de votos. A maioria no campo da democracia parlamentar demonstra-se válida e adequada para a tutela dos valores da liberdade e da igualdade dos decisores, sem levar em conta preferências pessoais. Igualdade e liberdade que permitem um processo decisório, pelo menos no campo do Parlamento, comprometido com o pluralismo e a deliberação.<sup>242</sup>

Essas propriedades do processo legislativo bicameral, delineadas na arquitetura constitucional, informam a premissa da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, e dos atos normativos de uma forma geral.<sup>243</sup> A presunção de constitucionalidade, portanto, ao lado dos demais fatores, configuram preferências a serem levadas em consideração na escolha da regra decisória adequada para o desenho institucional das cortes constitucionais.

Ao tratar da questão do voto, como técnica de resolução dos conflitos em órgãos coletivos, notadamente no campo da jurisdição constitucional, faz-se necessário considerar, portanto, a premissa de nossa ordem constitucional e institucional de que a Constituição tem como principal função fixar os pressupostos de convivência dentro da nossa comunidade política, que estão fora do espaço de tomada de decisões políticas majoritárias, ou seja, estão fora do procedimento de votação.

<sup>241</sup> Sobre a classificação do processo legislativo bicameral como supermajoritário implícito, ver o ponto 2.3 do segundo capítulo.

<sup>242</sup> Com relação à afirmação desse parágrafo é importante esclarecer que a tutela dos valores da liberdade e da igualdade se dá no campo do Parlamento, sem considerar os problemas de formação dos representantes políticos, por meio dos sistemas eleitorais e as chances reais e igualitárias de competição. Dentre os sistemas eleitorais já se demonstrou preferência por aqueles proporcionais, por possibilitarem um maior consenso com a inclusão de minorias, salvo aquelas denominadas insulares. As minorias insulares no quadro normativo da democracia consensual e constitucional apenas encontram guarida com a tutela dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional. O conceito de minorias insulares foi tomado no julgamento do caso *United States v. Caroline Products Company*, na famosa nota de rodapé n.º 4: “[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition . . . curtail[ing] the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. Sobre esse conceito e sua evolução na jurisprudência norte-americana ver ACKERMAN, Bruce. *Beyond Caroline products*. **Harvard Law Review**, vol. 98, n.º 4, 1985, p. 713-746.

<sup>243</sup> Remete-se ao segundo capítulo, em particular o ponto 2.2.

Essa premissa deve estar na base das discussões sobre os desenhos institucionais necessários para o desempenho das atividades decisórias nas cortes constitucionais. Este órgão a quem incumbe o dever de tutela da Constituição não pode atuar como um ator político gerador de instabilidade e arbitrariedades decisórias.<sup>244</sup>

### 3.2 RAZÕES A FAVOR DA REGRA SUPERMAJORITÁRIA

#### 3.2.1 Constrangendo o julgamento colegiado: deliberação, compromisso e razão

Como afirmado no tópico antecedente, o julgamento em tribunais constitucionais envolve um processo deliberativo interno para a tomada da decisão e, por conseguinte, para a criação do precedente e da razão pública jurisdicional. Processo decisório interno que, para além dos mecanismos de encontro da opinião majoritária compartilhada por todos os integrantes da corte, exige nova metodologia decisória coletiva e deve preocupar-se com a formação de uma resposta institucional distante de características individualistas e ideológicas.

A necessidade de encorajar um processo deliberativo abrangente promove a tutela da autoridade, da imparcialidade e da institucionalidade da corte constitucional, de forma a afastar os individualismos e preferências majoritárias. A abordagem dessa questão na literatura jurídica contemporânea oferece como resposta a regra de decisão por maioria absoluta.

Todavia, a regra de maioria absoluta, ao provocar um resultado de maioria estreita, como com a diferença de um voto nos resultados de, por exemplo, seis a cinco ou cinco a quatro, mostra-se insuficiente para a tutela daqueles valores essenciais e caros à jurisdição constitucional. Isso porque a regra de maioria estreita replica no espaço dos tribunais o propósito agregativo e individualista do espaço essencialmente político.

As normas resultantes de maioria estreita apresentam um quadro de menor confiança, em decorrência da aparência de aleatoriedade que o resultado transmite. Fator que a coloca em patamar de menor legitimidade do que as normas criadas por um processo decisório mais amplo.

Tal espécie de regra de maioria conforma-se com um limiar muito fraco em termos de deliberação e consenso, estimulando um padrão decisório agregativo. Dentro de um corpo decisório formado por um número elevado de julgadores, ela justifica-se por ser muito onerosa

---

<sup>244</sup> Ver nota de rodapé 14.

a promoção da deliberação para alcançar um consenso amplo. Daí porque chegar ao primeiro número superior à metade se apresenta suficiente e legítimo.

Mas a mesma resposta estrutural não se legitima em órgãos decisores menores, com número reduzido de decisores, como os tribunais constitucionais. Nesses, o incentivo à deliberação tem condições de realização. Mais do que isso, trata-se de um dever, haja vista os valores subjacentes à jurisdição constitucional.

O limiar mais alto da regra decisória, configurado nas maiorias qualificadas, ao não se conformar com o número imediato superior à metade, estimula e incentiva a participação ativa dos decisores, ao mesmo tempo em que constrange maior tempo de deliberação para que uma votação maior seja alcançada. Nessa dimensão de julgamento, a regra de maioria qualificada oferece resposta ativa e mais institucional dos tribunais, com a participação ativa dos decisores, o debate prolongado e o consenso mais amplo, fatores que, com efeito, produzem uma resposta de melhor qualidade.<sup>245</sup>

Assim, a maioria qualificada atua como verdadeira técnica processual decisória de tutela do diálogo e do engajamento próprios dos órgãos coletivos, como os tribunais constitucionais, na medida em que obriga os participantes a efetivamente cooperar e participar no debate para além da primeira resposta majoritária. O diálogo é a chave para a unidade social e estabilidade. O processo de votação apenas pode assumir importância quando segue um procedimento de diálogo sério,<sup>246</sup> e com muito mais razão a validade desse argumento para a jurisdição constitucional.

Note-se que os tribunais constitucionais não estão comprometidos com razões pragmáticas de praticidade e facilidade de julgamento. Ao contrário, o compromisso firmado é com o constitucionalismo e com a democracia consensual, enquanto uma das instituições necessárias para o compartilhamento de responsabilidade e poderes na formação das decisões políticas mais importantes do Estado. A regra de maioria qualificada envia uma mensagem sobre a importância do consenso nos processos de tomada de decisões importantes, além de efetivamente constranger esse resultado ao exigir um limiar mais alto de votação.

---

<sup>245</sup> Cf. NITZAN, Shmuel; PAROUSH, Jacob. Are Qualified Majority Rules Special? **Public Choice**, vol. 42, No. 3, 1984, p. 257-272. Neste artigo, os autores sustentam uma justificativa formal para a regra de maioria qualificada, por meio de estudo gráfico e do campo das probabilidades; que a regra de maioria qualificada maximiza as probabilidades de tomadas de decisões corretas, mais que a maioria ordinária. Para tanto, três variáveis são levadas em consideração: contexto decisório pequeno, formado por poucos decisores; ausência de preferências pessoais dos decisores, ou seja, tomados em igual consideração na decisão, não obstante as diferenças de resultados de julgamento oferecidas por estes, e premissa de manutenção pelo *status quo*. Ver também, GOODIN, Robert E.; LIST, Christian. Special majorities rationalized. **British Journal of Political Science**, vol. 36, 2006, p. 213-241.

<sup>246</sup> Cf. SHUGERMAN, Jed Handelsman. A six-three rule: reviving consensus and deference on the supreme court. **Georgia Law Review**, vol. 37, 2003, p. 893-1017.

A regra de maioria qualificada além de fomentar a construção de uma atuação forte da jurisdição constitucional, por meio de um processo deliberativo, resguarda o tribunal de posturas e repostas jurisdicionais extremas. Isso porque o limiar mais alto, ao exigir a aderência de maior número de decisores, favorece a construção de um minimalismo judicial no sentido do conteúdo das decisões, na medida em que o consenso tende a eliminar as propostas mais extremas da votação.<sup>247</sup>

No Conselho da União Europeia, instituição intergovernamental legislativa, na qual os membros dos países são representados pelos seus ministérios, as regras são aprovadas por unanimidade ou maioria qualificada.<sup>248</sup> Stéphanie Novak explica, a partir de uma base de dados de sessenta entrevistas com membros do Conselho, que a maioria qualificada, com efeito, tem fator decisivo no processo de tomada de decisão na fase deliberativa ao constranger a minoria a aderir à maioria, bem como ao promover a negociação entre os atores com poder de decisão.<sup>249</sup>

Para justificar sua conclusão, deixando-se claro que a autora parte da premissa de análise empírica do comportamento dos decisores, fato que consubstancia uma hipótese para além de abstrações e pretensões teóricas, Novak afirma que a votação por maioria qualificada nas decisões torna a minoria mais visível, circunstância que estimula a vontade desta em não ser assim considerada pelos demais atores institucionais.

De acordo com Novak, essa visibilidade da minoria acarreta dois tipos de comportamento, como mecanismo psicológico, nos decisores. O primeiro consiste no incremento da negociação, de modo que os julgadores assumem uma posição mais aberta à negociação para a maior parte dos casos. O poder de obstrução, adquirido na qualidade de minoria com poder de veto, é utilizado apenas para os problemas mais sérios, com grandes repercussões negativas. O segundo comportamento consiste na sua aderência à maioria, quando se percebe a inviabilidade de formação de uma minoria de bloqueio.<sup>250</sup>

No plano teórico, esses dois efeitos comportamentais favorecem a construção do argumento em favor da maioria qualificada, a qual, por sua vez, promove dois efeitos. O

<sup>247</sup> Aqui vale o mesmo argumento sustentado para a adoção da regra de supermaioria para a nomeação judicial, tal como exposto na nota de rodapé n.º 96 do segundo capítulo.

<sup>248</sup> Cabe assinalar que o protocolo de votação de maioria qualificada foi inaugurado no sistema do Conselho da União Europeia, de início, com o propósito de trazer um elemento de flexibilidade da organização da tomada de decisão daquele órgão, que era informado pela unanimidade. A intenção, portanto, não para esse procedimento ser usado sistematicamente, mas apenas como uma arma eficiente na busca pelo compromisso e pela aprovação de decisões sem oposição. Cf. NOVAK, Stéphanie. **Qualified majority voting from the single European Act to present day: and unexpected permanence**, p. 13-16.

<sup>249</sup> NOVAK, Stéphanie. Two effects of a high threshold of qualified majority. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stéphanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 182-183.

<sup>250</sup> NOVAK, Ibid., p. 182-183.

primeiro configurado na estimulação da produtividade decisória,<sup>251</sup> uma vez que aumenta a relutância da minoria para ser vista nessa condição pelos demais atores no sistema, favorecendo a deliberação e diálogo no processo de tomada de decisão. O segundo efeito assume a posição de estímulo também para a tomada de decisões sem oposições, porque a minoria tende a se juntar à maioria quando tem a consciência da impossibilidade de se formar uma minoria de bloqueio.<sup>252</sup>

Quando a maioria qualificada é a regra, o melhor argumento que descreve o comportamento dos decisores é a busca por negociação e deliberação. Ao contrário do que ocorre quando a regra é de unanimidade, hipótese em que um integrante do órgão coletivo, por ter o poder de veto sozinho, pode adotar posições mais fortes, em detrimento da busca pela construção da decisão.<sup>253</sup>

Quanto ao ponto, importa registrar que, não obstante os dois efeitos provocados pela maioria qualificada no processo de tomada de decisão, isso não significa que a minoria em momento algum buscará a formação de uma coalização de bloqueio à decisão majoritária. Isso pode acontecer, justamente, na fase de negociação (ou deliberação quando se fala de contexto jurisdicional). A atuação estratégica da minoria permanece latente, variando conforme a força que ela assume diante de determinado problema.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> NOVAK, *Ibid.*, p. 182-183.

<sup>252</sup> “Nonetheless, we can bring out a hypothesis that, to my knowledge, has not been suggested by existing studies on the majority rule. If members of a group share an objective of decisional productivity and avoid being seen as isolated in a minority position, a large qualified majority is the decision rule that stimulates the most decisional productivity because it stimulates concessions making and the fear of being seen as isolated. Because the actors know that the probability of receiving concessions in exchange of their support is high and because their fear of being seen in a minority position is exacerbated, they tend by default to support the proposed measures.” NOVAK, **Two effects of a high threshold of qualified majority**..., p. 183.

<sup>253</sup> Nesse sentido, pertinente a seguinte observação de Stephanie Novak: “This is why even if most measures are passed without opposition when the legal rule is QMV, the absence of opposition results from mechanisms that differ fundamentally from those that are at work in the domains in which member states have a right to veto.” *Ibid.*, p. 179. Quanto ao ponto, importante recordar o argumento afirmado por Rousseau em favor da regra de votação supermajoritária para os processos de tomadas de decisões mais importantes do Estado. Nessa quadra, de acordo com a leitura de Melissa Schwartzberg sobre a questão na obra de Rosusseau, a regra supermajoritária carrega consigo um valor moral, para além do benefício meramente epistêmico, ao constranger a deliberação e a votação em direção a um consenso mais amplo. Elemento de capital diferença entre a supermaioria e a unanimidade, porque na unanimidade a obtenção do consenso se dá por opções estratégicas e de barganha mais claras, já que um único decisor tem o poder veto, ou mesmo por uma falsa resposta unânime. A supermaioria, ao reduzir o limite decisório e tirar da mão de uma única pessoa o poder de veto estratégico, promoveria pelos motivos corretos a deliberação e o consenso. Ver SCHWARTZBERG, Melissa. Voting the general will: Rousseau on decision rule. **Political Theory**, Vol. 36, n.º 3, jun., 2008, p. 403-423.

<sup>254</sup> Conforme afirma Novak: “The strategy of the actors varies with the strength of the opposition. For instance, if the participants know that there is a strong blocking minority against measure, they tend to demand higher concessions than if a qualified majority is nearly reached. And they tend to formulate the highest demands when they know that their vote is pivotal. Therefore, at the Council, the qualified majority procedure is carefully followed and has a more important role than if it acted only as suggested by the metaphor of the shadow of the vote.” NOVAK, *Ibid.*, p. 179.

Nessa conjuntura da maioria qualificada, os custos decisórios são transferidos para a minoria, que terá maior responsabilidade na defesa da posição contrária, haja vista sua visibilidade no cenário institucional. Os custos de aceitação da decisão e, por conseguinte, as cobranças do público recairão sobre a minoria, fator que constrange sua atuação. Por outro lado, a maioria que lidera a decisão igualmente estará mais aberta ao diálogo e à construção da decisão mais ampla e consensual, levando em consideração os argumentos da minoria, como forma de encontrar um meio termo entre as opções postas na mesa.<sup>255</sup>

Ou seja, a combinação de três fatores específicos, como a maioria qualificada, o desconhecimento do futuro e a vontade de não fazer parte da posição minoritária, leva os decisores a serem mais abertos na fase de negociação e a, na última etapa do processo de tomada de decisão, não fazer parte da minoria. A maioria qualificada apresenta-se, portanto, como uma técnica decisória que, de um lado, desencoraja a oposição e, de outro, estimula que a maioria faça concessões nas propostas de decisão, como forma de permitir a aderência da minoria, evitando-se, assim, decisões mais extremadas.<sup>256</sup>

Cumprе sublinhar a importância de estudos com essa abordagem empírica para corroborar nossa proposta de tese, em defesa argumentativa da maioria qualificada para as decisões tomadas no âmbito da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, porque demonstram a “qualidade” e a “eficiência” desse protocolo de votação supermajoritário nos contextos decisórios em que já foram experimentados.

Esse argumento é ainda mais importante porque a proposta de tese aqui defendida é feita sob o “véu da ignorância”, na medida em que apenas se confirmarão os resultados pretendidos após experiência concreta da regra. A experiência comparada fornece um bom material para indicar a validade e a viabilidade de determinado desenho institucional ou argumento. Contudo, não pode certificar o sucesso dos desenhos em outros cenários, ressalva que deve ser feita.

As abordagens empíricas devem ser consideradas na proposta normativa afirmada na presente tese, porquanto apenas com tais informações, dados e conclusões consegue-se desconstruir “sabedorias convencionais” construídas em torno dos argumentos convencionais, como o de que a minoria sempre exerce poder de veto e bloqueio. A experiência comparada

---

<sup>255</sup> “Specialists have already noted that most decisions are made without opposition in the qualified majority area. My interviews revealed the influence of a factor that, to my knowledge, was not noted in existing studies: the high threshold of qualified majority (about 73 percent of votes) partly explains why most decisions are made without opposition. Because the threshold is high, the presidency must grant concessions to the delegations in Exchange of their support. Knowing that they can receive concessions, the delegations often their positions to suggest to the presidency that they might support its proposal. Therefore, as show in figure 9.1, the high threshold of qualified majority leads the actors to negotiate.” NOVAK, *Two effects of a high threshold of qualified majority...*, p. 181.

<sup>256</sup> NOVAK, *Ibid.*, p. 192-94.



demonstra o contrário, ou seja, como a maioria qualificada influencia os atores a negociarem e desencoraja os opositores a defenderem seus desacordos.<sup>257</sup>

### 3.2.2 Supermaioria como resposta estrutural para a tutela do precedente judicial e a estabilidade decisória

Compete aos tribunais constitucionais ou cortes supremas constitucionais, como afirmado linhas acima, no processo de interpretação e aplicação do Direito, a função institucional de criar o precedente judicial que servirá como autêntica norma jurídica universalizável e obrigatória para todos os órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, bem como para todos os jurisdicionados e demais atores institucionais do sistema jurídico. Essa atividade de criação do precedente pelos tribunais de vértice da ordem jurídica tem por fim tutelar os valores inerentes ao próprio Estado de Direito, como a igualdade, a liberdade, a continuidade da ordem normativa, a segurança jurídica e a estabilidade decisória.

Note-se que o elemento da estabilidade decisória exerce figura central na legitimação e na justificação do precedente judicial, porquanto é ela que fornece as condições materiais para a continuidade da ordem normativa jurisdicional e sua imparcialidade, ao exigir um processo argumentativo forte para a superação do precedente. A operação de revogação do precedente deve contar com a observância de critérios minimamente objetivos.

Desse modo, o precedente judicial é uma propriedade a ser levada a sério no processo de tomada de decisão pelas cortes supremas constitucionais, até mesmo porque são elas as institucionalmente responsáveis pela sua criação ou superação. Se a própria corte atuar com um padrão decisório de mudança frívola, por motivos inconsistentes, com efeito, produzirá efeitos de deslegitimação social e jurídica.

O problema que se apresenta nesse contexto normativo jurisdicional reside na identificação da técnica processual adequada para a tutela desse valor da estabilidade decisória por meio dos precedentes judiciais. Ou seja, para além dos critérios objetivos que devem ser

---

<sup>257</sup> Nessa linha argumentativa coloca-se a proposta sustentada por Stephan Michael e Ignacio N. Cofone, por um desenho institucional supermajoritário para os referendos constitucionais. Os autores afirmam que um padrão decisório qualificado aumenta o nível mínimo de legitimidade do referendo constitucional, bem como fomenta a coesão institucional entre os atores políticos e sociais. O referendo decidido por uma maioria simples pode ser insuficiente para garantir o nível de legitimidade e estabilidade necessário para a nova configuração constitucional. Ou seja, a maioria qualificada aumentaria o nível de legitimidade sociológica, ao exigir um consenso maior, bem como a longevidade do novo desenho constitucional. De acordo com os autores, a proposta de uma regra de supermaioria para os referendos constitucionais é pouco discutida na literatura constitucional comparada, de modo que a pesquisa empreendida por eles tem por propósito contribuir com o aperfeiçoamento da democracia direta. Ver MICHEL, Stephan; COFONE, Ignacio N. Majority rules in constitutional referendums. **Kyklos International Review of Social Sciences**, Vol. 70, n.º 3, August 2017, p. 402-424.

justificados na decisão que revoga o precedente, o sistema precisa de uma garantia procedimental que considere o precedente como elemento normativo preferencial (à semelhança do argumento da presunção de constitucionalidade), bem como dificulte a variabilidade ocasional.

As decisões por maioria estreita são insuficientes, do ponto de vista estrutural e procedimental, para cumprir a finalidade da estabilidade decisória, por três motivos principais. O primeiro reside na possibilidade de manipulação e captura do processo decisório por agentes externos, na medida em que um único decisor pode se mostrar como elemento central para a alteração do precedente. O segundo motivo diz respeito à composição do tribunal no julgamento, porque um quórum mais baixo favorece que o número de ausências da sessão anterior seja suficiente para na seguinte proceder à modificação do precedente formado.<sup>258</sup> O terceiro motivo refere-se ao desrespeito à preferência do elemento do precedente como propriedade da regra de decisão, porquanto a manutenção pelo *status quo* exige mecanismo de tomada de decisão coletiva qualificado, não sendo o julgamento por diferença de um voto suficiente para afastar a preferência ou presunção.

Se as regras majoritárias têm boas razões normativas para sua escolha, a durabilidade e a continuidade não se enquadram nesse perfil. Ao contrário, a regra de maioria é justamente o desenho adequado para aqueles contextos decisórios informados por necessidade de mudança.

A supermaioria como regra de decisão não pode por si só dar legitimidade democrática, e mesmo jurisdicional, a qualquer decisão, quanto ao seu conteúdo. No entanto, ao proporcionar a durabilidade e continuidade da ordem normativa fornece legitimidade e representatividade suficiente no aspecto estrutural.<sup>259</sup> Os compromissos exigem tempo, e assim aos tribunais constitucionais compete um desenho institucional que aumente os custos procedimentais de alteração, como técnica de tutela da durabilidade decisória.

Nesse quadro normativo, é forçoso concluir que os valores da estabilidade, da coerência decisória, da unidade da ordem jurídica e do precedente militam contra uma regra de votação majoritária estreita.

### 3.2.3 Promoção do diálogo interinstitucional

---

<sup>258</sup> Precedentes judiciais formados por maiorias minoritárias acarretam instabilidade decisória e dificultam a cultura de respeito aos precedentes, por não garantir condições de satisfação da confiança justificada dos jurisdicionados. Cf. NASH, Jonathan, "The Majority that Wasn't: Stare Decisis, Majority Rule and the Mischief of Quorum Requirements," **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n.º 227, 2008, p. 1-52.

<sup>259</sup> Cf. KOZEL, Randy J. Stare Decisis in the Second-Best World. **California Law Review**, vol. 5, 2015. p. 1139-1192.

As noções de deliberação e de colegialidade que devem conformar o processo decisório interno das cortes constitucionais exigem, como método de efetivação desses valores, que a regra de julgamento seja a expressão de uma opinião institucional da Corte mais consensual possível, contrária a uma opinião que se revele dividida e, por conseguinte, demonstre ser a expressão de um tribunal individual agregativo.

Como afirmado, a corte constitucional trabalha com um poder e/ou forma imaterial para forçar a implementação de suas decisões, bem como o respeito, a confiança e a aceitabilidade pelo público e todos os atores políticos institucionais.

A legitimidade da jurisdição constitucional, para além do seu propósito jurídico, deve ser usada como instrumento político, na acepção de fomento do diálogo interinstitucional, em questões de alta complexidade e controvérsia moral e ética. Isso porque tais questões cada vez mais são levadas para o espaço das cortes constitucionais, na medida em que implicam custo decisório elevado para o processo político, que deve satisfação ao eleitorado.

A supermaioria decisória, nesse contexto, assinala as questões controversas ao público e demais atores políticos e fomenta o diálogo interinstitucional pelas *razões corretas* quanto à disputa pela interpretação constitucional mais adequada. Isso porque uma resposta da corte constitucional deve servir como ponto de partida de respeito e de autoridade para seu confronto na arena pública.

No contexto de respostas constitucionais majoritárias, a imagem de um tribunal dividido potencializa características negativas como fragilidade da sua força institucional e de sua autoridade, e potencial influência de fatores ideológicos e políticos. São fatores que promovem o diálogo interinstitucional acerca da adequada interpretação constitucional por *motivos equivocados*.

Com isso quer-se dizer que a decisão tomada por maioria qualificada pelos tribunais constitucionais demonstra seu amplo consenso e força imaterial na construção de sua autoridade e opinião institucional, elementos que constroem um ataque direto à resposta adotada pela Corte, por mais contramajoritária que seja. O diálogo interinstitucional com os demais atores políticos e sociais dar-se-á com mais cuidado e limitações, notadamente pela elevada exigência justificativa imposta ao argumento de superação da interpretação constitucional firmada pelo Poder Legislativo, por meio do processo de emenda à Constituição.

Por outro lado, as decisões por maioria estreita fomentam esse diálogo com os demais atores inconformados com a resposta constitucional do tribunal por motivos equivocados, porque permitem uma nítida captura e manipulação do processo decisório interno, seja pela

indicação de juízes com perfil afinado com as posturas jurídicas e ideológicas da maioria política ocasional vigente, seja com o ataque imediato às decisões, com a possibilidade de não cumprimento ou revogação.

O desenho institucional deve ser voltado para evitar as situações limítrofes. Não se pode pensar em um processo decisório interno voltado para as contingências - a Constituição não serve a esse propósito. Ademais, basta uma ocasião de perda da força imaterial da corte constitucional em face da razão política para que se tenha fragilidade da ordem institucional e constitucional. Isso porque, embora seja legítimo o processo de resposta do legislativo, resultado do diálogo interinstitucional, consistente na modificação da Constituição por meio do processo formal de emenda, é sempre necessário ter em conta a verificação de se essa resposta não implica o sacrifício da razão da Constituição em detrimento da razão política-majoritária, como indicam alguns exemplos recentes nas jurisdições constitucionais comparadas.<sup>260</sup>

#### 3.2.4 Simetria procedimental para o processo decisório jurisdicional

O compromisso constitucional com o supermajoritarismo configura-se em três dimensões. A primeira está na própria justificação da jurisdição constitucional que atua como uma instituição contramajoritária no contexto da democracia consensual e constitucional, no controle da atuação da política majoritária ocasional e no compartilhamento de poderes e responsabilidade com diversas outras instituições nos processos decisórios. A segunda dimensão na configuração de regras decisórias qualificadas para o quadro normativo constitucional, como método de tutela dos direitos fundamentais, dos valores da legitimidade social e do compromisso de longevidade intergeracional, consubstanciado na estabilidade. A terceira dimensão na preferência pela configuração de regras de decisão supermajoritárias para os processos decisórios mais importantes do Estado Constitucional, incluído aqui o processo legislativo bicameral, informado pelo caráter supermajoritário implícito.

Essas três dimensões do compromisso constitucional com o supermajoritarismo decisório implicam consequências diretas no desenho institucional da regra de decisão para a jurisdição constitucional e, por conseguinte, para a atuação dos tribunais constitucionais, instituições responsáveis pela tutela e ressignificação da Constituição, no exercício da sua atividade de interpretação e aplicação.

---

<sup>260</sup> Cf. ZAGREBLESKY, **Principi e voti...**, passim.

É duvidoso que as razões normativas que exigem o uso de maiorias qualificadas para os processos decisórios mais importantes da Constituição não sejam aplicáveis para os tribunais constitucionais. Identificam-se razões relevantes para usar maiorias qualificadas para todos os estágios de criação, reconstrução e ratificação constitucional nos processos de reforma constitucional por emenda e nas decisões resultado da jurisdição constitucional. A lógica para a escolha de regras de maioria divergentes desse quadro normativo supermajoritário é que exigiria uma justificativa.

Ou seja, esse tratamento procedimental diferenciado em termos de mecanismos de tomada de decisão coletiva não se justifica, quando se compreende os tribunais constitucionais como instituições decisórias majoritárias, não obstante sua natureza contramajoritária e seu objeto de proteção ser essencialmente supermajoritário. Daí a necessidade de compatibilização e simetria procedimental entre os processos decisórios constitucionais comprometidos com o supermajoritarismo.

Cabe esclarecer que a importância de uma simetria procedimental decisória no quadro normativo constitucional se justifica mais ainda quando é colocada em discussão a competência dos tribunais constitucionais para exercerem o controle de validade de emendas constitucionais, produtos normativos de um processo formal rigoroso e amplamente consensual.

A doutrina constitucional e processual tem dado pouca atenção à questão da configuração das maiorias como regra de decisão nos mais diversos contextos decisórios. Nessa tarefa de justificação do desenho institucional adequado, o critério da simetria procedimental é fundamental para afastar do sistema os custos decisórios de substituição.

Em outras palavras: se, para os diferentes estágios de criação, reconstrução e ratificação da Constituição, o sistema configura regras de decisão diferenciadas, que tornem determinados processos mais simples e fáceis, do ponto de vista procedimental, é certo que os atores políticos, sociais e institucionais com interesse na modificação da estrutura constitucional se utilizarão desse procedimento mais simples, impondo sérios custos para a estabilidade e continuidade do Estado Constitucional.

### 3.2.5 Presunção de constitucionalidade e “dúvida razoável”: deferência ao legislador?

A legislação é produto de um processo democrático e de suas vantagens agregativas majoritárias; portanto, deve ser concedido a este um grau de deferência, que em nosso sistema é assumido como um valor constitucional, denominado presunção de constitucionalidade dos

atos normativos. O argumento da presunção de constitucionalidade é um peso forte com o qual os tribunais constitucionais têm que lidar na sua atividade jurisdicional.

Assim, a inconstitucionalidade dos atos normativos apenas pode ser declarada pelos tribunais constitucionais quando demonstrada e constituída além de qualquer dúvida razoável, depois da resolução de todas as dúvidas razoáveis em favor da constitucionalidade.<sup>261</sup>

A presunção de constitucionalidade nesse contexto deve ser entendida como elemento de preferência no processo de tomada de decisão pelos tribunais constitucionais, de modo que a situação de dúvida razoável sobre a validade constitucional de determinado ato normativo importe o julgamento favorável à constitucionalidade.

O problema que a presunção de constitucionalidade traz para os tribunais reside na identificação do que seja a situação de dúvida razoável. Isso porque é possível compreender essa situação de dúvida de duas formas. A primeira hipótese trata de uma forma atomística de decisão sobre o juízo de constitucionalidade, na qual cada juiz individualmente exerceria juízo de validade constitucional.<sup>262</sup> Nesse caso, se a soma dos votos individuais resulta em uma maioria agregativa no sentido da afirmação da inconstitucionalidade essa situação de dúvida estaria resolvida. Portanto, a regra de maioria seria bastante para afastar a presunção.

A segunda hipótese versa sobre uma forma colegiada de análise da validade constitucional, na qual o protocolo de votação por supermaioria opera externamente como técnica de controle institucional. Isto é, o tribunal enquanto instituição colegiada, para desconstituir a situação de dúvida razoável sobre a inconstitucionalidade, tem que superar a votação dividida em favor da deferência ao Congresso.

A situação de dúvida nessa segunda hipótese deve ser objetiva do ponto de vista institucional, e não subjetiva da perspectiva individual, como na hipótese atomística. Desse modo, uma votação por maioria estreita, resolvida pela diferença de um voto, configura efetiva situação de dúvida objetiva, em que a instituição enquanto colegiado aparenta uma imagem de arbitrariedade decisória não compatível com deferência ao processo legislativo e, por conseguinte, insuficiente para desconstituir a presunção de inconstitucionalidade.

---

<sup>261</sup> Como afirma Victor Comella, a presunção da constitucionalidade da lei só poderá ser afastada com base em uma argumentação convincente, em que, efetivamente, reste demonstrada a incompatibilidade da norma infraconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não pode se dar em uma zona de penumbra. Não havendo certeza sobre a validade ou não da lei, isto é, a persistir a dúvida sobre a correta interpretação, deve-se prestar deferência à vontade do legislador. COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 131-150.

<sup>262</sup> CAMINKER, Evan. Thayerian deference to congress and supreme court supermajority rule: lessons from the past. **Indiana Law Journal**, vol. 78, 2003. p. 73-122.

A regra de decisão por maioria estreita traduz, portanto, situação de dúvida objetiva razoável. Nesse cenário, surge um problema mais complexo ainda no contexto da relação de independência e harmonia entre os poderes. O julgamento dividido do tribunal, na concepção da maioria estreita, traduz o problema de que a minoria, que contesta a maioria do tribunal, está ao lado de uma supermaioria implícita agregativa do legislativo; sendo a diferença de um voto individual, de um tribunal não eleito e contramajoritário, responsável pela invalidação do ato normativo. Esse protocolo de julgamento atomístico não se demonstra compatível com o argumento da simetria procedimental, acima afirmado e compromete seriamente a aceitabilidade e a legitimidade dos tribunais constitucionais.

Ademais, há que se considerar, dentro do cenário decisório constitucional, que o custo da invalidação judicial *errada* de um ato normativo é maior que o custo da validação judicial *errada*. Na primeira hipótese de *erro*, o processo decisório exigido para sua superação é extremamente custoso e complexo, por tratar-se de emenda à Constituição ou mesmo pelo processo legislativo ordinário. Na segunda hipótese de *erro*, a superação pode ocorrer por outro processo legislativo comum ou mesmo pelo próprio tribunal, pela técnica de revogação do precedente constitucional.

Em resumo: a perspectiva do supermajoritarismo implícito do processo legislativo bicameral impõe aos tribunais constitucionais, a partir da premissa da presunção de constitucionalidade da atuação do legislador (*in dubio pro legislatoris*), um ônus decisório muito forte, que deve ser levado a sério, e não ser tomado como argumento de retórica. Por isso, quanto mais majoritária for a decisão do tribunal constitucional para a declaração de inconstitucionalidade, maior o grau de autoridade e legitimidade, assim como a sua aceitabilidade pelos demais atores políticos e a estabilidade da própria Constituição.<sup>263</sup>

### 3.3 OBJECÇÕES À REGRA DA SUPERMAIORIA

#### 3.3.1 Minoria como maioria no poder decisório

O mecanismo de tomada de decisão coletivo supermajoritário implica, além das suas vantagens e benefícios, bem como suas boas razões normativas, objeções e custos.

A primeira objeção arguida contra a regra de decisão supermajoritária consiste no argumento da inversão do poder decisório, que passa de uma maioria para uma minoria passiva.

---

<sup>263</sup> EXPOSITO, Enriqueta. Mayorías en el Estado Constitucional. In: GUTIERRÉZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 97-98.



A minoria, então, no protocolo de votação de maioria qualificada assume um poder de veto importante, que pode se tornar estratégico e subversivo da ordem imaginada de decisão, em que a maioria decide.

Essa objeção, em uma primeira inferência do processo decisório majoritário qualificado, é válida. Por exemplo, um contexto decisório que exige o quórum de dois terços para o seu julgamento, ao mesmo tempo, atribui à fração de um terço dos decisores o poder de veto para a tomada da decisão no sentido afirmativo, de alteração do *status quo*, como premissa para a resolução do problema posto.

Todavia, esse poder de veto da minoria qualificada, bem vistas as coisas, apenas assumirá esse papel estratégico no processo decisório quando a deliberação e o comprometimento institucional com o consenso falharem. Ou seja, a minoria em um órgão marcado por atuação e responsabilidade institucionais, como os tribunais constitucionais, não se justifica e não se orienta por uma atuação estratégica contra uma suposta maioria da corte. Ao contrário, o colegiado deve, enquanto expressão de uma instituição que se legitima pelo seu caráter deliberativo,<sup>264</sup> nortear a metodologia decisória na busca pelo consenso mais amplo, por meio do processo de engajamento e deliberação no convencimento dos demais juízes, com a composição de uma resposta jurisdicional compartilhada pela maioria mais ampla possível.

Esse procedimento de engajamento e deliberação, somado ao *véu da incerteza* quanto aos julgamentos futuros, estimula os decisores a encontrarem uma reposta jurisdicional consensual mínima que satisfaça os argumentos levantados por todos. A minoria com potencial poder de veto, em razão daquela incerteza, é reduzida porque os julgadores podem precisar do compromisso deliberativo em casos futuros. Ademais, o papel de minoria nem sempre é visto com bons olhos pelos próprios julgadores, que precisam formar uma coalização ainda que minoritária para terem o poder de veto, segundo o argumento explicitado no ponto 3.2.1.

Assim, o poder de veto personificado em um dissenso coletivo apresenta-se como um poder contramajoritário saudável para a instituição, porque demonstra a seriedade ou profundo desacordo sobre determinada questão, a exigir maior deliberação ou uma decisão negativa<sup>265</sup>

<sup>264</sup> MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy...*, passim.

<sup>265</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003; TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*. Boston: Beacon Press, 2008; VARANO, Vincezo. A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana. In: ANZON, Adele (a cura di). *L'opinione dissenziente*: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 129-144; VIGORITI, Vincenzo. Corte Costituzionale e "dissenting opinions". In: ANZON, Adele (a cura di). *L'opinione dissenziente*: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 145-153.

de manutenção do *status quo*, ou seja, pela presunção de constitucionalidade ou pela decisão de não criação de um precedente judicial.

O poder de veto da minoria assume problema na regra de decisão por unanimidade, porque nesse contexto um único decisor é suficiente para o bloqueio da tomada de decisão, motivo pelo qual esse tipo de mecanismo decisório é usado em casos excepcionais que o justifique.

### 3.3.2 Custos decisórios internos e externos

A segunda objeção à regra de decisão supermajoritária está nos custos que esse processo implica, os quais podem ser de duas ordens, interna e externa. O custo decisório externo na tomada de decisão pelos tribunais constitucionais diz respeito à relação do tribunal com a sociedade, os atores políticos e demais instituições integrantes do regime democrático consensual. O custo decisório interno, por sua vez, refere-se ao esforço do processo deliberativo intracorte para encontrar uma resposta consensual.

Essas duas espécies de custos no quadro normativo decisório assumem duas versões contrapostas de uma mesma moeda. Isto é, à medida que a escolha de questões essenciais e mais importantes para a democracia constitucional exige uma decisão mais qualificada e consensual, com a finalidade de garantir autoridade, legitimidade e feição objetiva institucional, o custo decisório interno aumenta em detrimento da redução do custo decisório externo.

Em termos de jurisdição constitucional e, portanto, de função institucional dos tribunais constitucionais, o custo decisório interno é elevado, por exigir uma deliberação qualificada que traduza o compromisso com o supermajoritarismo constitucional e com a simetria decisória. A elevação desse custo configura-se nos seguintes fatores: aumento do tempo na tomada de decisão, diminuição da quantidade de ação decisória, bloqueio da pauta de julgamento por atraso ou ação substitutiva estratégica por uma opção de decisão mais fácil e simples.<sup>266</sup>

Embora seja válida e importante a objeção do custo decisório, por impor obstáculos ao funcionamento interno do tribunal, fato que pode retardar, como visto, a própria tomada de decisão, exigindo mais tempo em cada julgamento, e diminuir a capacidade de ação em termos quantitativos, esta deve ser colocada em juízo de comparação com as boas razões normativas

---

<sup>266</sup> Sobre os custos decisórios da regra de supermaioria, ver MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Our supermajoritarian Constitution. *Texas Law Review*, vol. 80, n.º 2, march 2002. p. 703-806; LEIB, Ethan J. Supermajoritarianism and the American criminal jury. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 33, 2006, p. 141-196.

da regra de supermaioria e seus benefícios para verificar se o resultado é positivo e favorável a essa configuração decisória.

Assim, uma regra de supermaioria será justificada e adequada somente se a melhoria na qualidade da deliberação, o incremento da legitimidade do tribunal, a tutela da estabilidade decisória e da continuidade da ordem normativa e o compromisso com o constitucionalismo supermajoritário superarem quaisquer benefícios que possam ser perdidos com o aumento dos custos e redução quantitativa dos trabalhos.

Nossa resposta é no sentido afirmativo, haja vista que esse custo decisório interno elevado diminui proporcionalmente os custos decisórios externos que poderiam seriamente pôr em risco a própria viabilidade da instituição dos tribunais constitucionais, com a diminuição de sua autoridade, legitimidade e confiança. Cabe lembrar que as cortes constitucionais são instituições centrais no desenho da democracia consensual, com grande poder e responsabilidade por compartilhar autoridade nos processos decisórios de constituição do Estado Constitucional. Esses custos são ônus necessários para uma atuação forte e legítima das cortes nos casos mais controversos que envolvem um confronto direto com a política majoritária na tutela dos direitos fundamentais.

Ademais, a redução dos custos internos do processo decisório não deve ser alcançada com a mitigação da legitimidade dos tribunais constitucionais, que os fragilizaria em face dos demais atores políticos e sociais. Tais custos, como a necessidade de tempo disponível e a redução da capacidade ativa decisória, devem ser minorados a partir de outros desenhos institucionais internos que garantam as condições materiais e estruturais imprescindíveis para o adequado e efetivo exercício da jurisdição constitucional. A adoção do filtro recursal para a seleção de questões constitucionais a serem julgadas é um exemplo de redução do custo decisório interno pelo motivo correto.

## 4 SUPERMAIORIA COMO REGRA DECISÓRIA JURISDICIONAL: UMA DISCUSSÃO CONHECIDA NA HISTÓRIA LEGISLATIVA

Os mecanismos de tomada de decisão coletiva, em particular a regra de votação supermajoritária, conquanto se apresentem como uma questão essencial para se entender o funcionamento adequado e coerente da jurisdição do Brasil, no quadro do Estado Constitucional, receberam pouca atenção da doutrina constitucional e processual brasileira, e, de uma forma geral, do Direito comparado.

A despeito do opaco debate doutrinário acerca da regra de decisão (protocolo de votação) para a jurisdição coletiva constitucional, em especial para os tribunais constitucionais, o mesmo não ocorreu no âmbito das deliberações legislativas e constituintes norte-americana e brasileira, sendo ela uma antiga conhecida. Debate sem correspondência em outras jurisdições comparadas em razão do modelo de deliberação intracorte levado nos tribunais constitucionais.<sup>267</sup>

### 4.1 CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO E A REGRA SUPERMAJORITÁRIA COMO PROPOSTA PARA A SUPREMA CORTE

---

<sup>267</sup> Sobre o argumento da ausência de uma agenda de pesquisa voltada para os problemas e questões do processo decisório interno das cortes constitucionais, notadamente a forma da deliberação intracorte e mecanismos de tomada de decisão coletiva, cf. PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France and Italy*. **Ratio juris**, vol. 11, n.º 1, march 1998, p. 38-50, march. 1998; FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional adjudication: lessons from Europe*. **Texas Law Review**, vol. 82, 2004, 1671-1704; PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009. Quanto ao ponto, importa registrar que na jurisdição constitucional italiana, cuja corte constitucional é marcada por um processo de deliberação fechado e *per curiam*, sem permissão de publicação de voto dissidente, na década de 1960, houve grandes debates doutrinários acerca da necessidade de se adotar a opinião divergente nas decisões tomadas pela corte, assim como de uma forma mais ampla na jurisdição ordinária, que igualmente não permite o voto divergente, sobre tais argumentos e abordagens do problema, ver a coletânea de artigos produzidos, em decorrência de um congresso internacional, organizado para discutir essa temática: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. À época, tais discussões não geraram alteração no quadro normativo italiano. Mais recentemente, essa discussão acadêmica retomou fôlego como forma de colocar em pauta esse modelo de decisão e deliberação, ver, ASPRELLA, Cristina. **L'opinione dissenziente del giudice**. Roma: Aracne, 2012; CASSESE, Sabino. **Dentro la corte: diario de un giudice costituzionale**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2015; DI MARTINO, Alessandra. **Le opinioni dissenzienti del giudice costituzionale: uno studio comparativo**. Napoli: Jovene Editore, 2016. Um expoente jurista contrário a essa ideia do voto divergente é Gustavo Zagrebelsky, por entender que a publicação de voto divergente poderá ter como efeito a transformação da corte em um colégio político em que maiorias e minorias polarizariam o debate, cf., **Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005, p. 41-80. Com efeito, a introdução no sistema italiano do voto divergente contribuirá para a revelação de problemas no processo decisório interno da corte, até então cobertos pelo véu da ignorância sobre as atividades desse tribunal. Dentre esses problemas, o caráter majoritário da sua regra de decisão. A regra decisória por maioria é adotada tanto no âmbito da jurisdição ordinária (Art. 276, *Codice di Procedura Civile*) como da constitucional (Art. 16, *Legge 11 marzo 1953, Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*).

Na história constitucional norte-americana, sempre que a Suprema Corte assumiu posturas decisórias consideradas “ativistas ou agressivas”, em decorrência do alto número de invalidação de legislações federais, e mesmo estaduais, no desempenho da jurisdição constitucional, os membros do Congresso colocaram em pauta propostas de mecanismos de votação para limitar as decisões tomadas por aquela Corte.

Com mais razão justificavam-se essas propostas na conjuntura política e jurídica norte-americana, porquanto as decisões tomadas pela Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade das leis federais e, por conseguinte, dos projetos governamentais em curso, deram-se por uma maioria estreita. Ou seja, pela diferença de um voto. Tratam-se das conhecidas decisões *five to four*, responsáveis por transmitir a sensação de precariedade, arbitrariedade e partidarização do tribunal.<sup>268</sup>

O crescente descontentamento com a atuação da Suprema Corte nesses casos polêmicos que envolvem o juízo de validade de projetos governamentais e tutela de direitos fundamentais, seja do lado conservador ou do lado progressista, configurava-se na percepção pelas autoridades políticas, e mesmo pelos grupos econômicos dominantes, de que a condução política da nação, refletida nos quesitos econômico e social, deveria ser resolvida, de forma definitiva e por último, por uma decisão popular. Decisão que encontrava tutela na resposta do congresso, órgão político representativo do povo e dos estados.

À vista da formação da estrutura dos diálogos interinstitucionais que existiam com a Constituição e com a função institucional atribuída à Suprema Corte, por jurisprudência criada por ela mesma, o único método processual que restava ao Congresso Nacional para reagir às respostas jurisdicionais da corte tomadas por majorias estreitas de diferença de um voto era a emenda constitucional. Processo legislativo caracterizado por extrema dificuldade procedimental de votação e que, por conseguinte, impunha sérios obstáculos à atuação do Congresso.

Essa situação configurava um relevante paradoxo na realidade jurisdicional e política norte-americana. Isso porque, como a tomada de decisão por diferença de um voto pela Suprema Corte apresentava-se como um procedimento mais simples e fácil, o grupo político

---

<sup>268</sup> Cf., WARREN, Charles. **Congress, the Constitution and the Supreme Court**. Boston: Little, Brown, and Company, 1925. O autor faz um inventário completo sobre os casos e decisões proferidos pela Suprema Corte no sentido da declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos questionados, e, especificamente, das decisões proferidas por uma maioria estreita de cinco a quatro. Ainda, enumera os dezessete casos em que a constitucionalidade foi confirmada por decisões de cinco a quatro. Ver também: WARREN, Charles. Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States, **American Law Review**, 1913, p. 20-27.

opositor adotava o caminho da via jurisdicional para anular os projetos governamentais da maioria política vigente. Por outro lado, essa maioria política ocasional teria um procedimento muito mais complexo e deliberativo, de chamamento das demais minorias no Congresso para formar uma maioria mais consensual (ampla) e aprovar uma emenda à Constituição como método de superação da decisão da Suprema Corte.<sup>269</sup>

Dentre as inúmeras propostas de controle e limitação dos poderes e da atividade jurisdicional da Suprema Corte, a que mais encontrou espaço nos debates políticos do Congresso Nacional foi a referente ao protocolo de votação supermajoritária para as decisões desse tribunal.<sup>270</sup> Ou seja, desde a década de 1820 os reformadores políticos têm defendido, periodicamente, propostas de supermaioria para a Suprema Corte.<sup>271</sup> Também gravitaram ao lado de tais projetos de reforma argumentos de alteração da competência do tribunal para exercer o controle de constitucionalidade de atos legislativos, propondo-se a inclusão dessa função dentre as competências do Congresso. Entretanto, tais projetos tiveram menor adesão nas deliberações legislativas.

A primeira leva de proposições legislativas no sentido de reforma e limitação dos poderes da Suprema Corte ocorreu no período compreendido entre 1823-1865. Identificam-se nove no total, as quais, não obstante tivessem o mesmo propósito e objeto de regulamentação, variavam quanto à forma. Isso porque as propostas englobaram a fixação de uma votação por unanimidade, por maioria qualificada de dois terços e maioria qualificada no sentido de dissidência de apenas um voto, quase unanimidade. Outro dado variável em tais fórmulas foi o limite da regra de decisão, sendo que, em algumas, estava restrito para a declaração de

---

<sup>269</sup> Como afirmado no segundo capítulo, essa situação é o exemplo das consequências que o risco substitutivo pode acarretar na atuação estratégica dos poderes e atores políticos do Estado, em decorrência das diferenças que circunscrevem os distintos processos decisórios e seus mecanismos de tomada de decisão coletiva. Sobre o ponto, retomar a discussão do segundo capítulo, no tópico 2.4.

<sup>270</sup> Cf., WARREN, **Congress, the Constitution and the Supreme Court...**, p. 128-177; CULP, Maurice S. A survey of the proposals to limit or deny the power of judicial review by the Supreme Court of the United States, **Indiana Law Journal**, vol. 4: iss. 6, article 2, 1929, p. 386-398; WARREN, Charles. Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States: a history of the twenty-fifth section of the judiciary act, **American Law Review**, vol., 47, 1913, p. 1-34.

<sup>271</sup> Para uma discussão pormenorizada dos debates legislativos, ocorridos no cenário jurídico-político norte-americano, a partir das emendas propostas sobre a imposição de um mecanismo de tomada de decisão coletiva para a Suprema Corte, ver CULP, **A survey of the proposals to limit or deny the power of judicial review by the Supreme Court of the United States...**, p. 392-398. Para uma abordagem mais específica sobre o desenvolvimento dos argumentos circunscritos à proposta de emenda sugerida pelo senador William Borah, ver WARREN, **Congress, the Constitution and the Supreme Court...**, p. 178-211 e 273-301. Sobre um estudo detalhado dessas propostas legislativas durante a década de 1820, a Era Progressista e a década de 1920, o New Deal, a Warren Court e a Burger Court, ver SHUGERMAN, Jed Handelsman. A six-three rule: reviving consensus and deference on the Supreme Court. **Georgia Law Review**, vol. 37, p. 893-1017, 2003, p. 997-1010.



inconstitucionalidade de legislação federal, enquanto que, em outras, abrangia também as legislações estaduais.<sup>272</sup>

O segundo momento reformador do protocolo de votação para a Suprema Corte desenvolveu-se na década de 1920. Nesse momento, os grupos econômicos insatisfeitos com as decisões tomadas pelo tribunal, que invalidaram as legislações federais por um resultado de maioria estreita de cinco a quatro, cujos efeitos afetaram diretamente os seus interesses, articularam uma nova onda de proposições legislativas para se conferir alguma medida restritiva

---

<sup>272</sup> São transcritas as propostas, com o fim de ilustrar as possibilidades de desenhos institucionais sobre a questão: “(1) *8th Cong., 1st Sess.*, Dec 10, 1823, by R. M. Johnson of Kentucky, in the Senate – concurrence of at least 7 [out of 10] Judges in any opinion “which may involve the validity of the laws of the United States or of the States respectively”. (2) March 11, 1824, by Martin Van Buren of New York in the Senate – “no law of any of the States shall be rendered invalid without the concurrence of at least 5 [out of 7] Judges of the Supreme Court, their opinions to be separately expressed”. (3) May 17, 18, 1824, by Thomas Metcalfe of Kentucky in the House – “in any case now or here-after depending in the Supreme Court, in which shall be drawn into question the validity of any part of the Constitution of a State or of any part of an Act passed by the Legislature of a State, unless two thirds of the whole number of Justices composing the said Court shall concur in pronouncing such part of the said Constitution or Act to be invalid, it shall not be held or deemed invalid.” (4) *18th Cong., 2d Sess.*, Jan. 26, 1825 by Robert P. Letcher of Kentucky in the House – concurrence of 5 [out of 7] Judges in any case “in which shall be drawn in question the validity of any part of the Constitution of a State or of any Act passed by the Legislature of a State”. Judges to be “required by law to give their opinions with their respective reasons, therefor, separately and distinctly.” (5) *19th Cong., 1st Sess.*, Daniel Webster said in the House, Jan. 25, 1826, that at the last session, several propositions were brought forward by Charles A. Wickliffe of Kentucky, “among which was one requiring a certain definite majority when the Supreme Court passed a sentence which went to invalidate any law enacted by one of the States of the Union.” (6) *19th Cong., 1st Sess.*, April 7, 1826, by John Rowan of Kentucky, in the Senate. “that the Supreme Court shall in no instance decide that the Constitution of any State or any provision thereof or the law of any State, or any Act of Congress, or any part or portion thereof, or of either of any supposed collision between them or any part or portion of them, or any or either of them, and the Constitution of the United States or any article, section or clause thereof, unless at least 7 [out of 10] of the Justices of said Court shall concur in that decision.” (7) *19th Cong., 2d Sess.*, Jan. 22, 1827, by Charles A. Wickliffe of Kentucky, in the House – concurrence of 5 [out of the 7] Judges, “in all cases in which is drawn in question the validity of any law of a State.” (8) *20th Cong., 2d Sess.*, by P. P. Barbour in the House requiring concurrence of 5 [out of 7] Judges in cases involving the validity of a State law. See also *Public Documents of 20th Cong., 2d Sess.*, House Report No. 34, Jan. 2, 1829”. (9) *40th Cong., 2d Sess.*, pp 478 *et seq.*, by Thomas Williams of Penn. In the House, Jan. 13, 1868, that “in all cases or writs of error from and appeals to the Supreme Court of the United States, where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised by, the United States, or the construction of any clause of the Constitution of the United States, or the validity of a statute or an authority exercised under any State on the ground of repugnance to the Constitution or laws of the United States, the hearing shall be had only before a full bench be rendered or decision made against the validity of any statute or any authority exercised by the United States except with concurrence of all the Judges of said Court.” James F. Wilson of Iowa moved an amendment that if any Circuit Court or District Court of the United States should declare an Act of Congress invalid, its judgement should be reversed unless two thirds of all the members of the Supreme Court should concur in affirming the judgment. (10) In addition to these proposals, John Forsyth of Georgia, in the Senate, Jan. 5, 25, 1826 (*19th Cong., 1st Sess.*), proposed that “no final judgment shall be pronounced affecting the rights, liberty or life of any citizen of the United States by less than a majority of the entire number of Justices including the Chief Justice.” T. P. Moore and Charles A. Wickliffe of Kentucky, in the House, Jan. 25, 1826 (*19th Cong., 1st Sess.*), proposed bills requiring similar concurrence of a majority of the Court (*i.e.*, 6 Judges out of 10) in any case “in which shall be drawn in question the validity of any Act of Congress or treaty of the United States, of any part of the Constitution of a State, or of an Act passed by the Legislature of a State.” Cf., WARREN, **Congress, the Constitution and the Supreme Court...**, p. 218-220.



à atuação da corte. Consideravam-na ativista em virtude dos resultados e efeitos acarretados nos projetos governamentais sancionados pelo Legislativo e pelo Executivo.<sup>273</sup>

Justificaram a validade das proposições com fundamento no argumento de que decisões por maiorias estreitas, como técnica suficiente para a invalidação de leis federais, minavam a confiança do país na Suprema Corte. Alegaram configurar absurdo um tribunal, dividido por uma votação de cinco a quatro, ter competência e autoridade para anular a vontade política de um país, expressão do resultado do processo legislativo, levado a cabo no Congresso Nacional e sancionado pelo chefe do Poder Executivo.

Registre-se aqui que, embora os congressistas da época tenham deliberado sobre técnicas processuais e/ou procedimentais para limitar o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade da corte, a razão subjacente de tais técnicas residia na manipulação dos resultados alcançados, com uma possível reversão no futuro.

Quanto ao ponto, interessante assinalar que o Senador William E. Borah de Idaho, integrante da ala progressista no Congresso, foi o grande expoente da ideia de se exigir uma regra de votação supermajoritária para as decisões tomadas pela Suprema Corte americana nesse segundo momento.<sup>274</sup>

William Borah acreditava que uma regra de decisão de maioria estreita, de cinco a quatro, para se declarar a invalidade de uma lei federal, implicava desconsideração da premissa da presunção de constitucionalidade. Diante disso, a imposição pelo Congresso de regra decisória de supermaioria seria suficiente para justificar a adequada superação da doutrina do erro claro e da presunção de constitucionalidade das decisões da Suprema Corte.<sup>275</sup> Ou seja, o principal argumento que fundamentava a proposta do requisito processual, de maioria qualificada de dois terços, era a tutela da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos.

Ademais, o referido Senador afirmou que a jurisdição dos “cinco” não correspondia a uma resposta institucional da Suprema Corte, fato que enfraquecia sobremaneira a autoridade daquelas precárias decisões e revelava uma atuação partidária.

A posição argumentativa afirmada por William Borah foi refutada no plano teórico por Robert Eugene Cushman. Cushman sustentou e desconstituiu dois fundamentos principais

<sup>273</sup> WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court...*, p. 178-211; SHUGERMAN, *A six-three rule...*, p. 997-1010.

<sup>274</sup> Cf. CAMINKER, Evan. Thayerian deference to Congress and Supreme Court supermajority rules: lessons from the past. *Indiana Law Journal*, vol. 78, n.º 1, 2003, p. 87-94. A atuação do senador William Borah, no Congresso norte-americano, na defesa do projeto de reforma do judiciário, em particular do processo decisório, formatado para Suprema Corte no exercício da função de controle de constitucionalidade (*judicial review*), influenciou sobremaneira os debates ocorridos no direito brasileiro, no processo da constituinte de 1933/1934, como se verá adiante.

<sup>275</sup> WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court...*, p. 178-211.

defendidos pelos críticos das decisões *five to four* da Suprema Corte americana. O primeiro, no sentido de que a decisão tomada por uma maioria estreita de um voto em questões de direito constitucional, notadamente em invalidação de ato legislativo, viola uma das doutrinas mais firmemente estabelecidas pela construção constitucional norte-americana, qual seja, a doutrina da dúvida razoável. Seu núcleo parte da premissa de que um ato legislativo deve ser presumido constitucional e válido pelos tribunais até que sua inconstitucionalidade seja demonstrada além de toda dúvida razoável, de modo que quaisquer dúvidas razoáveis quanto à constitucionalidade de uma lei serão resolvidas a seu favor.<sup>276</sup>

O segundo fundamento principal residiria em motivos amplos de conveniência e política. Ou seja, a exigência de uma decisão por maioria qualificada para as decisões da Suprema Corte serviria ao interesse público de uma forma geral. Dois fundamentos que, embora próximos, não têm relação de dependência.

Robert Cushman, depois de percorrer todo o argumento da doutrina da dúvida razoável e sua aplicabilidade no campo da constitucionalidade dos atos legislativos, por meio da análise da jurisprudência, formada sobre a questão pelos tribunais,<sup>277</sup> refuta que esse argumento seja pertinente para justificar as críticas endereçadas à regra majoritária das decisões do referido tribunal. Argumenta que quem o sustenta não entendeu o significado da doutrina da dúvida razoável, a qual, enfatiza, não deve ser comparada com a lógica subjacente à decisão por unanimidade dos júris criminais e sua relação com a presunção de inocência.<sup>278</sup>

Para o referido autor, a doutrina da dúvida razoável significa que um ato legislativo não pode ser declarado inconstitucional e, portanto, ter sua presunção de validade afastada, enquanto existir qualquer dúvida quanto à sua validade na mente do julgador competente para analisar e decidir sobre a questão, considerado este em sua individualidade. Desse modo, quando uma maioria de um tribunal, ainda que estreita, decide sobre a constitucionalidade de um ato normativo, essa maioria está afirmando para além da dúvida razoável que a lei impugnada não é válida. E isso é verdade, ainda que os demais membros do colegiado entendam de forma contrária, pela constitucionalidade do mesmo ato. Teoria essa que é a adotada e praticada pelos tribunais.<sup>279</sup>

<sup>276</sup> CUSHMAN, Robert Eugene. Constitutional decisions by a bare majority of the court. **Michigan Law Review**, vol. 19, n.º 8, jun., 1921, p. 771-803.

<sup>277</sup> CUSHMAN, *Ibid.*, p. 773-795.

<sup>278</sup> CUSHMAN, *Ibid.*, p. 784-792.

<sup>279</sup> CUSHMAN, **Constitutional decisions by a bare majority of the court...**, p. 792-793. Conforme o autor argumenta: "In appraising this theory it is important to keep in mind first place that a majority of the Supreme Court judges may believe that a law is invalid beyond all reasonable doubt in the fact that the other four judges believe with equal firmness the law is valid. While judicially minded men would naturally due cognizance of opinions contrary to their own it is, of ridiculous to assume that five men cannot feel perfectly sure they are right

Ou seja, a maioria do tribunal, quando decide pela inconstitucionalidade de um ato, tem a certeza das suas convicções, não importando a opinião de quem sustenta interpretação divergente, a qual, inclusive, não faz mais errada aquela compartilhada pela maioria. Nessa abordagem, o argumento de uma maioria do tribunal não pode ser diminuído em sua validade e juízo de certeza, para além da dúvida razoável, porque a minoria discorda. Isso porque a doutrina da dúvida razoável trata de um teste interpretativo subjetivo e não objetivo.<sup>280</sup>

Da análise das razões arguidas por Robert Cushman, fica claro que o autor, ao desconstruir a pertinência do argumento da doutrina da dúvida razoável ou da presunção de constitucionalidade em decisões tomadas por maioria estreita, de cinco a quatro, parte da premissa de que esse teste da dúvida razoável é de caráter subjetivo e não objetivo. Cada decisor competente para o juízo de validade constitucional do ato legislativo tem de superar e construir sua interpretação para além de qualquer dúvida, não sendo relevante para essa consideração a opinião dissidente dos demais decisores.

Com efeito, essa abordagem individualista poderia se justificar à época; todavia, entende-se, como exposto no capítulo anterior, que o enfrentamento e a desconstrução da presunção de constitucionalidade por um tribunal constitucional deve ocorrer de forma objetiva e institucional, e não de forma individual atomística. Daí a divergência com a posição do autor neste ponto.

Contestado o argumento de que a doutrina da dúvida razoável seria a justificativa adequada para o projeto de reforma do protocolo de votação por maioria estreita na Suprema Corte, Robert Cushman coloca em confronto os argumentos favoráveis e contrários ao protocolo de votação supermajoritária.

Na posição favorável à restrição, relaciona três motivos, quais sejam: a) retirar o poder de decisão das questões constitucionais de um único juiz, que é aquele que decide o placar sobre a inconstitucionalidade de leis em votação dividida; b) constranger a atuação ativista da corte, ao exigir maior deliberação e consenso; c) aumentar a confiança popular na atividade decisória

---

simply because four men whose opinions they disagree with them. Even the most naive observer of human realizes that there is hardly anything more futile than arguing a convinced person. Opposition only tends to strengthen one's that his opinions are correct. The opinions embodying views of a majority or minority of a divided court are couched in language far more crisp and uncompromising than which voice the views of a unanimous bench". Ibid., p. 793.

<sup>280</sup> CUSHMAN, Ibid., p. 782. Afirmação que demonstra o pensamento do autor: "It must be concluded that the only sensible construction to place upon the doctrine of reasonable doubt is the one stated above: namely, the majority of the court, being legally empowered to decide the question, should not hold a law unconstitutional if any reasonable doubt as to its invalidity remains in their own minds. The doubts or conflicting views of every one else including their dissenting associates they may ignore.

There is plenty of evidence that this is exactly the interpretation which the courts themselves have placed upon the doctrine of reasonable doubt." Ibid., p. 795.

da corte, estimulando o respeito e autoridade às suas decisões nas questões constitucionais, na medida em que uma maioria qualificada traz estabilidade e afasta extremismos.<sup>281</sup>

Na posição contrária à proposta, apresenta contra-argumentos. Essencialmente, aponta que o mecanismo majoritário de tomada de decisão não promoveu, em termos quantitativos, aumento das decisões de inconstitucionalidade, tampouco que nesse grupo a regra de maioria estreita tenha sido predominante. Ademais, da experiência dos estados americanos, que adotavam a regra de supermaioria para as decisões das Cortes estaduais, como Ohio e Dakota do Norte, não se tem como comprovar a superioridade de tal regra qualificada.<sup>282</sup> Em resumo: o autor não se convence sobre os benefícios que a regra de votação supermajoritária poderia trazer para o sistema jurisdicional da Suprema Corte.<sup>283</sup>

Outro grande opositor, no plano doutrinário, ao senador William Borah e sua proposta de reforma do processo decisório da Suprema Corte foi Charles Warren.<sup>284</sup> Warren, para sustentar seu argumento, partia da premissa fundamental concernente à função institucional da Suprema Corte, na configuração da ordem jurídico-constitucional. Nesse sentido, afirmava que a Suprema Corte era a instituição adequada para realizar a tarefa de cumprimento do projeto constitucional americano por meio da atividade interpretativa, conferindo máxima eficácia ao texto constitucional, de modo que seu processo decisório deveria ser o reflexo dessa atribuição.

Assim, e na mesma linha do raciocínio teórico apresentado por Robert Cushman, Warren agregou, como argumento principal e forte obstáculo à proposta da regra de supermaioria decisória, o fato da inversão do poder decisório da Corte sobre as questões de constitucionalidade, ao atribuir à opinião minoritária do tribunal o julgamento.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> CUSHMAN, *Constitutional decisions by a bare majority of the court...*, p. 798-799.

<sup>282</sup> CUSHMAN, *Ibid.*, p. 800.

<sup>283</sup> “The study which the writer has devoted to the however, has not convinced him that the adoption of rule would produce beneficial results of any substantial importance. The popular demand for such a requirement comes from or less widespread dissatisfaction with court decisions invalidating laws regarded by the layman as useful and desirable. These the main laws passed in the exercise of the police power to labor conditions, public health and morals. The constitutional issues involved have been mixed questions of law and fact courts have in some cases shown themselves unfamiliar with the social and economic data upon which their decisions must be predicated. It seems to the writer that the most rational remedy for this situation is to establish such changes in the methods of trying cases involving the validity of social and economic legislation as would assure the court full access to all the data necessary for a reasonable and balanced judgment upon the merits of each case”. CUSHMAN, *Ibid.*, p. 802.

<sup>284</sup> WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court...*, p. 178-217.

<sup>285</sup> Two of the seven Judges thought the law constitutional; their view became the decision of the case; and thus a minority of two Judges assumed the affirmative power of settling the law of the State. If either of these cases had involved laws of grave importance to individual liberty; if, for instance, it had involved a criminal statute affecting constitutional rights, or if it had involved a defendant's entire property, or the rights of a great community, how much authority would such a minority decision have? Would either the parties or the public regard it as definitely settling anything? How much confidence in the Court would the community retain after a series of such minority decisions?” WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court...*, p. 187.

Mais especificamente, Warren entendia que a aludida sugestão de reforma dos poderes jurisdicionais da Suprema Corte implicava uma operação processual que submetia o julgamento do tribunal à minoria dos decisores, em detrimento da opinião majoritária da Corte. Operação que transferia o poder decisório da Corte para o Congresso, na medida em que este determinaria o conteúdo do julgamento ao lado da opinião minoritária judicial. A minoria, portanto, teria o poder de afirmar o conteúdo dos direitos constitucionais e a validade dos atos legislativos, em detrimento da maioria; conjuntura jurisdicional que fragilizaria a autoridade do tribunal.

A preocupação com a atuação mais ativa da Suprema Corte ensejou a retomada do debate sobre o protocolo de votação por supermaioria, como técnica necessária para a tutela da deferência ao Congresso, nas hipóteses de legislação federal que versassem sobre matéria de federalismo não mais no âmbito legislativo, mas no doutrinário, com a tese defendida por Evan Caminker.<sup>286</sup>

Após a observação da atividade jurisdicional desempenhada pela *Rehnquist Court*, que, em sua análise, realizou uma revolução ativista sem precedentes ao declarar em número extensivo a inconstitucionalidade da legislação federal sobre questões de federalismo, com decisões por maioria estreita, concluiu que este tipo de decisão negligencia o valor da regra da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos.<sup>287</sup>

Evan Caminker argumenta que a jurisdição constitucional é uma instituição vital porque os tribunais desempenham um papel necessário na aplicação da Constituição e no controle dos excessos da democracia. O dilema é o uso indevido do exercício dessa função, no quadro em que o tribunal abandona uma tradição de deferência ao Congresso e invalida as leis, apesar da dissidência de quatro juízes.

Ou seja, o problema não está na função atribuída aos tribunais constitucionais, porque esses são essenciais para a formatação de uma democracia constitucional, mas, sim nos procedimentos, por meio dos quais essa atividade é exercida, haja visto o caráter essencialmente político que informa a estrutura da jurisdição constitucional. Se o objetivo da jurisdição constitucional é proteger a comunidade política contra os abusos do governo, também deve

<sup>286</sup> CAMINKER, *Thayerian deference to congress and Supreme Court supermajority rule...*, p. 73-122.

<sup>287</sup> CAMINKER, *Ibid.*, op., cit, p. 73-122. Sobre a constatação do aumento das decisões tomadas por uma maioria estreita, na década de 1990, Robert Riggs afirma: “Figures from the past decade indicate how common such single vote decisions have become. With an average of 150 cases decided by full opinion during the 1981 through 1990 Terms, the number of decisions determined by a single vote averaged 35 per Term, or 23 percent of all cases. The annual variation ranged from 28 of 120 decisions (18.5%) for the 1984 Term to 47 of 152 (31%) for the 1986 Term. By contrast, from 1901 to 1910 such closely divided decisions averaged just 4.8 per Term, 2.6% of all cases”. RIGGS, Robert E. When every vote counts: 5-4 decisions in the United States Supreme Court, 1900-90, *Hofstra Law Review*: vol. 21: n.º 3, 1993, p. 668-669.

haver salvaguardas contra o abuso do tribunal no exercício de seu poder final e supremo sobre o Direito.

A preocupação exposta por Caminker é oferecer uma resposta procedimental para a questão do processo decisório da Suprema Corte, em questões constitucionais de federalismo, e não rever substancialmente as decisões de inconstitucionalidade que entende serem equivocadas. Isso porque, para Caminker, o ativismo judicial dos “cinco” pode ocorrer em qualquer lado político, oscilando a depender da conjuntura da Corte. Se os conservadores têm a liderança contra o Congresso em um determinado momento, é certo que os liberais também juntarão coalizões de cinco votos para derrubar as leis ideologicamente contrárias a seus projetos governamentais.<sup>288</sup>

Na pesquisa empírica empreendida por Robert Riggs, que teve por objeto a cobertura de todos os casos resolvidos pela Suprema Corte americana, por meio de opinião escrita, no período do século XX (1900-1990), para uma busca mais abrangente dos padrões na prática do tribunal, o autor se voltou especificamente para as decisões proferidas por uma votação de maioria apertada de cinco a quatro. A proposta da pesquisa era tentar encontrar, a partir da análise das coalizões majoritárias, formadas nas decisões, uma explicação sobre os padrões de votação.<sup>289</sup>

A partir dos dados coletados, Robert Riggs concluiu que a tomada de decisões por uma maioria estreita destaca a natureza essencialmente política que envolve a Suprema Corte, a partir das ideologias que conformam cada juiz singular. A ideologia, definida principalmente em termos de tendências liberais e conservadoras dos juízes, encontra correspondência significativa no comportamento do voto judicial. Ideologia que se tem impacto em qualquer lugar, como afirma o autor, tem mais espaço ainda de realização em decisões que privilegiam a posição individual em detrimento do consenso mais amplo, como na maioria estreita, haja vista que as restrições legais são menos evidentes.

Quer isso dizer que, mais do que a busca por uma tomada de decisão da Corte, que privilegia o consenso na versão de uma resposta jurisdicional institucional, o tribunal privilegia a tutela individual das razões dos juízes que o integram.<sup>290</sup>

<sup>288</sup> CAMINKER, *Thayerian deference to congress and Supreme court supermajority rule...*, p. 78.

<sup>289</sup> RIGGS, *When Every Vote Counts: 5-4 decisions in the United States Supreme Court, 1900-90...*, passim.

<sup>290</sup> Nessa linha de raciocínio, afirma: “The 5-4 decisions of the United States Supreme Court highlight the essentially political nature of the body. The ideal of nine jurists collectively resolving disputes according to the dictates of the law and the Constitution is superseded by an image of nine Justices voting individual preferences in situations where substantive rules seem to provide little guidance. Both the ideal and the image are caricatures—the unanimous decisions tending toward one extreme and the 5-4 decisions toward the other—but each reflects elements of the complex underlying reality of Supreme Court decisionmaking. Until well into this century, unanimity was the dominant image. Published dissent was limited to a small fraction of decided cases, with 5-4



Por fim, cumpre assinalar que o conceito de supermaioria, como regra de decisão jurisdicional, encontrou espaço em outro lugar na organização do Poder Judiciário norte-americano: na experiência das Supremas Cortes estaduais, como as do estado de Ohio<sup>291</sup>, Carolina do Norte<sup>292</sup> e Nebraska<sup>293</sup>. Tratam-se de exemplos concretos que demonstram a factibilidade da proposta de uma regra decisória supermajoritária para tribunais constitucionais. Além disso, são capazes de quebrar o nosso ideal imaginário constitucional jurisdicional majoritário.<sup>294</sup>

As propostas legislativas apresentadas no Congresso norte-americano, embora não tenham tomado estatuta legal e efetiva reforma judicial para a Suprema Corte, ensejaram boas e frutíferas discussões sobre o papel da Suprema Corte e a necessidade de imposição de válvulas de segurança para o exercício de sua função institucional. Argumentos pragmáticos que confirmam os elementos da necessidade de uma construção teórica sobre os mecanismos de votação no contexto jurisdicional.

O mesmo cenário desenvolveu-se na história constitucional brasileira, sob clara e direta influência do quadro político e jurisdicional norte-americano. Na primeira oportunidade de rediscussão do projeto constitucional brasileiro, construído em 1891, a questão da jurisdição

---

decisions still less frequent. This frequency does not necessarily portray a Court governed more by principle than by personal preference, but rather a Court that valued the image of consensus more than the public expression of dissent.” RIGGS, **“When Every Vote Counts: 5-4 decisions in the United States Supreme Court...”** op. cit., p. 709. Esse argumento da influência da ideologia no processo decisório coletivo é conhecido, o problema é aceitar esse fato como uma variável a ser levada em consideração no trabalho do desenho institucional do processo decisório interno das cortes constitucionais. Abordagem que pode ser ilustrada com o argumento exposto por Dieter Grimm, quando trata do processo de nomeação judicial para a corte constitucional alemã, oportunidade na qual defende a votação por supermaioria para a indicação pelo Congresso como método para afastar os perfis mais extremos e partidarizados. Fato que contribui e muito para a prática da deliberação interna da corte, cf. **Come decidono le corti costituzionali...**, p. 45-47.

<sup>291</sup> Art. IV, §12, Ohio Constitution, 1912: “No law shall be held unconstitutional and void by the Supreme Court without the concurrence of at least all but one of the judges, except in the affirmance of a judgment of the Court of Appeals declaring a law unconstitutional and void”. Essa regra de votação foi reformada por meio de emenda à Constituição do estado em 1968.

<sup>292</sup> Art. IV, §89, North Dakota Constitution, 1919: “In no case shall any legislative enactment or law of the state of North Dakota be declared unconstitutional unless at least four of the judges shall so decide.” Regra que foi republicada em 1976, como o art. VI, §4º da Constituição.

<sup>293</sup> Art. V, §2º, Nebraska Constitution, 1920: “No legislative act shall be held unconstitutional except by the concurrence of five judges”. Quanto à cláusula da Constituição do Estado de Nebraska, o julgamento do caso *Mehrens v. Greenleaf*, demonstra sua aplicabilidade: “In further support of the conclusions hereinbefore reached as to the constitutionality of the act in question, we might add that a legislative act is always presumed to be within constitutional limitations unless the contrary is clearly apparent—a rule consistently followed by this court. However, the people, ever alert, and jealous of their vested rights, in 1920 adopted as an amendment to the Constitution of our state, as an additional safeguard, the following provision: “No legislative act shall be held unconstitutional except by the concurrence of five judges”—five-sevenths of the membership of the court as then and now composed. The judgment of the trial court is reversed, and the action dismissed.” **Report of cases in the Supreme Court of Nebraska**, vol. 119. Nebraska: Clafin Printing Company, 1931, p. 88.

<sup>294</sup> Para uma breve discussão sobre a aplicabilidade e consequências dessas regras decisórias nas Cortes Supremas estaduais, ver CAMINKER, **Thayerian deference to Congress and Supreme Court...**, p. 89-94; SHUGERMAN, **A six-three rule...**, p. 954-962.



constitucional e da função do Supremo Tribunal Federal como intérprete final da Constituição e garantidor da unidade do Direito foram postas em xeque. Isso porque o modelo constitucional desenhado na Constituição da República de 1891 apresentava-se insuficiente e com sérios inconvenientes práticos. Daí porque esse foi um dos grandes temas na arena da organização do Poder Judiciário.

Assim foi que, na constituinte de 1934, quando pela primeira vez se abordou, de forma direta e aberta, o problema do protocolo de votação para as decisões de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (regra de maioria absoluta ou qualificada), a subcomissão encarregada de elaborar o anteprojeto constitucional considerou a experiência jurisdicional comparada norte-americana como parâmetro normativo. Sugeriu-se, portanto, a regra de supermaioria como regra de decisão, em detrimento da maioria absoluta. Essa proposta, porém, a exemplo do modelo comparado, ficou restrita ao âmbito das discussões legislativas.

## 4.2 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A REGRA SUPERMAJORITÁRIA COMO PROPOSTA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.2.1 Discussão no espaço legislativo

Quando a Constituição de 1891 atribuiu, no art. 60,<sup>295</sup> aos juízes e tribunais federais competência para processar e julgar as causas em que alguma das partes funda o seu Direito na Constituição Federal, ou em propostas contra o governo da União, fundadas em dispositivo da Constituição, nada mais fez do que atribuir implicitamente aos tribunais, pela primeira vez no nosso Estado de Direito, competência para apreciar a inconstitucionalidade das leis e dos atos

---

<sup>295</sup> Art. 60, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1981: “Aos juízes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...) §1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá um recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar a applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica.” Redação esta que foi dada pela Emenda Constitucional, de 3 de setembro de 1926, que modificou a redação original do art. 59, que disciplinava sobre essa matéria. A disciplina jurídica da organização da justiça federal foi complementada, na vigência da Constituição da República de 1891, com a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que tornou ainda mais explícito o desenho da jurisdição constitucional para o Supremo Tribunal Federal, conforme prescrição do art. 22.

do poder público. Desenho institucional que antecipou as linhas do que viria a ser, mais tarde, o recurso extraordinário e sua vocação para o perfil de “técnica processual” constitucional.<sup>296</sup>

A preocupação com o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional que garantisse a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, por meio da afirmação de suas normas quando contestada em face de outros atos do poder público; principalmente por parte do poder Legislativo, que até então era considerado o ramo do poder do Estado representativo da vontade popular, já circundava os propósitos do governo provisório da República.

Os republicanos históricos, em face da prática jurisdicional vivenciada nos estados brasileiros, bem como em face da notícia referente aos acontecimentos políticos e jurídicos sucedidos nos Estados Unidos, país que norteou toda a estrutura e idealização do nosso imaginário constitucional republicano, perceberam a necessidade de se pensar a organização do Poder Judiciário de forma a conferir máxima aplicabilidade à Constituição.

Tanto é assim que o governo provisório da República, ao dispor sobre a organização da justiça federal e a instituição do Supremo Tribunal Federal, publicou o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, documento legislativo que precedeu a promulgação da primeira Constituição da República do Brasil.

Na exposição de motivos do aludido Decreto, fica clara a justificativa da jurisdição constitucional, quando destacou o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, em particular pelo Supremo Tribunal Federal, consideradas as atribuições e competências institucionais, dando as primeiras linhas do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> Themistocles Cavalcanti afirma que, não obstante as limitações técnicas que esse recurso extraordinário traz para uma ampla investigação das questões de constitucionalidade, a atribuição que lhe foi conferida, por certo, tem o objetivo de garantir a unidade do Direito e a supremacia da Constituição por meio da composição da jurisprudência. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição. In: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de outubro de 1978. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1982.

<sup>297</sup> Nesse ponto, interessante o preâmbulo do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que traz a exposição de motivos e real percepção que os republicanos históricos tinham sobre o papel a ser desempenhado por uma jurisdição constitucional, bem como a sua importância e limites dentro de uma estrutura de Estado: “A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou méro interprete na execução dos actos do Poder Legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhes ou recusar-lhe sancção, si ellas lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. (...) Essa missão histórica incumbe, sem duvida, ao Poder Judiciário, tal como architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto. Ahi está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário tal como se achava instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os modelos democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, se transforma em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influencia do seu critério decisivo, a fim de manter o equilibrio, a regularidade e a própria independência

Todavia, por se tratar o controle jurisdicional de constitucionalidade de uma experiência incipiente na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com mais razão a forma de julgamento em órgãos colegiados (como os tribunais), a Constituição de 1891 não disciplinou acerca da regra de decisão a ser tomada pelos tribunais ou sobre a obrigação de um quórum mínimo para o julgamento de matéria constitucional.

Tal previsão normativa foi inaugurada na ordem jurídica no plano infraconstitucional com a publicação do Decreto n.º 938, de 29 de dezembro de 1902,<sup>298</sup> cuja disciplina foi voltada, especificamente, para a fixação de um quórum mínimo para o julgamento das sentenças finais, decididas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão colegiado que, à época, era formado por quinze membros. Nesse sentido, o texto legal do art. 1º:

Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federaes, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

O teor dessa regra jurídica foi replicado no Decreto n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908, no art. 8º.<sup>299</sup> Mais tarde, em 1931, foi reduzido o número de ministros do Supremo de quinze para onze, em decorrência de uma reforma na reorganização desse tribunal, de modo que o Decreto 20.106 diminuiu também o quórum para a sessão de julgamento para o número de seis, conforme o art. 8º, que assim prescrevia: “Para julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos feitos que envolvam questão constitucional, será necessária a presença de seis ministros, pelo menos, da turma julgadora, modificado nesse sentido, o art. 4º decreto n.º 19.656.” Essa

---

dos outros poderes; assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que na grande União Americana com razão se considera o Poder Judiciário como pedra angular do edifício federal e o unico capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo. (...) Isto basta para assinalar o papel importantíssimo que a Constituição reservou ao Poder Judiciário no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen precisamente porque a Republica, segundo a máxima americana, deve ser o governo da lei.” CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: comentários. 2ª ed. (publicação póstuma). Rio de Janeiro: F. Brigueit e Cia. Editores, 1924. p. 294.

<sup>298</sup> Importante registrar que o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que precedeu a Constituição de 1891, trazia uma regra sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal que exigia a maioria de seus membros, como uma forma de organização geral, sem vinculação a qualquer tipo de matéria ou decisões. Nesse sentido, o art. 7º dispunha: “O Tribunal funcionará com a maioria dos seus membros. Na falta de numero legal serão chamados successivamente os juizes das secções mais próximas, aos quaes competirá jurisdição plena, enquanto funcionarem como substitutos.”

<sup>299</sup> Art. 8º, Decreto n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908: “Quando contra os actos ou decisões das autoridades administrativas fôr allegada a inconstitucionalidade de taes actos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 de seus membros desimpedidos.”

última previsão para o quórum da sessão de julgamento, em que se exige a presença mínima de seis ministros, é o esboço da futura regra de decisão por maioria absoluta para as declarações de inconstitucionalidade no sistema constitucional.

Da leitura da legislação infraconstitucional, acima reproduzida, infere-se que o objetivo da fixação de um quórum mínimo não estava atrelado ao problema da regra de julgamento majoritária, mas sim à questão da presença de um número mínimo de juízes integrantes do tribunal para se realizar o julgamento das matérias constitucionais. Em outras palavras: o estabelecimento desse quórum mínimo corresponde à chamada cláusula de reserva de plenário, inspirada na criação jurisprudencial norte-americana do *full bench*, e não ao mecanismo de tomada de decisão coletiva.

João Barbalho Cavalcanti, ao comentar a Constituição de 1891, em particular a organização e função do Poder Judiciário, destacou a importância em se fixar um quórum mínimo para a tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional como técnica necessária para se conferir autoridade e estabilidade à jurisprudência desse tribunal, que tinha o papel principal de conferir a unidade do Direito.<sup>300</sup> Esse argumento revelava a preocupação da doutrina com o problema da legitimidade, autoridade e limites da atuação do STF, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público.<sup>301</sup>

A Constituição de 1934, não obstante as poucas inovações a respeito das competências do recurso extraordinário, cujos contornos principais haviam sido delineados na Lei nº. 221/1894, teve o mérito de inaugurar uma disciplina jurídica sobre o protocolo de tomada de decisão coletiva pelos tribunais nos pronunciamentos de declaração de inconstitucionalidade. Tal regulamentação abrangeu os seguintes pontos: obrigação de um quórum mínimo e exigência

<sup>300</sup> Em suas palavras: “No exercício de tao relevante poder cumpre aos tribunaes observar a maxima circumspecção; os comentadores na ausência de prescripções leaes, aconselham e os juízes observam certos preceitos de muito bom aviso a respeito. – A lei traz sempre a presumpção de validade (...). E convém que questões desta natureza somente sejam submetidas á decisão nos tribunaes, quando todos os membros deles se acharem presentes, para que tenham mais autoridade suas resoluções e para mais seguramente manter-se a jurisprudencia.” CAVALCANTI, **Constituição Federal Brasileira: comentários...**, p. 298-299. Cumpre assinalar que, embora as razões arguidas por João Barbalho Cavalcanti sejam coerentes com o problema da legitimidade do exercício da função jurisdicional constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, acreditava o autor que o quórum mínimo para a sessão de julgamento era técnica processual suficiente para garantir tal objetivo e imprimir a objetividade e estabilidade necessária às decisões. Não fazendo qualquer diferença entre regra de quórum (reserva de plenário) e regra de julgamento.

<sup>301</sup> Preocupação que estava atenta à realidade jurisdicional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal que, em alguns casos, por conta da ausência de um quórum mínimo para a tomada de decisão, chegou a resolver um caso com um placar de três a dois, fato que provocou sérios inconvenientes e objeções da doutrina e dos advogados. Sobre essa questão, ocorrida no julgamento da apelação cível nº. 216, de 20 de janeiro de 1987, cuja reforma da sentença de primeiro grau se deu por um placar de três a dois, em um tribunal como o STF, que à época era composto por quinze membros, ver RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume 1. Defesa das liberdades civis, 1891-1898. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 2ª ed., 1991, p. 71-72.

de maioria absoluta enquanto regra de decisão para que os tribunais declarem a inconstitucionalidade dos atos do poder público.

Os grandes debates ocorridos acerca das justificações e propriedades do princípio majoritário, como regra de julgamento para as decisões no âmbito jurisdicional constitucional, com efeito, foram levados a cabo na constituinte de 1934. Primeiro, com as discussões na Subcomissão do Itamaraty<sup>302</sup>; depois nas deliberações da Assembleia Constituinte 1933/1934.

Interessante observar que na constituinte de 1933/1934, oportunidade na qual os desenhos institucionais da jurisdição constitucional foram analisados e debatidos extensivamente, bem como foram construídas as bases do controle difuso de constitucionalidade, como se conhece hoje, estavam postas na mesa de debate duas fórmulas de controle da atuação do Supremo Tribunal Federal: a regra decisória de maioria qualificada e a revisão das suas decisões, com caráter generalizante pelo Congresso Nacional.

Vários foram os pontos debatidos na comissão de elaboração do anteprojeto da constituinte de 1934 com relação à organização do Poder Judiciário e à administração da justiça. As questões referentes ao papel e ao desenho institucional adequado para o Supremo Tribunal Federal são as mais interessantes e conclusivas no sentido de demonstrar a percepção, que já se tinha à época, quanto à necessidade de se atribuir a esse tribunal a função de intérprete final da Constituição, no exercício do controle de constitucionalidade, e de garantidor da unidade do Direito, por meio de sua jurisprudência.<sup>303</sup> O problema estava em como atribuir essa função com legitimidade, de forma a não interferir na esfera dos demais poderes de Estado.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> A Constituição Federal de 1934, resultado do nosso terceiro projeto constituinte, foi precedida de um anteprojeto, elaborado por uma comissão especial, constituída para tal fim, formada pelos maiores constitucionalistas e políticos da época. Fala-se, aqui, da chamada Comissão do Itamaraty, criada a partir do Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, do Governo Provisório, que fixou o dia 3 de maio de 1933, para a realização das eleições à Assembleia Constituinte. A subcomissão foi formada por, Mello Franco (presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Vianna, Goês Monteiro e Themistocles Cavalcanti (secretário da comissão geral). Antes do seu término, integraram, ainda, Castro Nunes Vianna e outros. Registre-se que para a elaboração do anteprojeto constituinte a comissão afastou como esboço a Constituição Federal de 1891, começando a tarefa de desenho institucional com uma carta em branco. É certo que muito do que foi formulado no anteprojeto da Comissão do Itamaraty, e aqui se fala da parte que interessa, a organização do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, foi rejeitado na constituinte. Nesse sentido e para maior aprofundamento do processo de elaboração da Constituição Federal de 1934, ver, POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Vol. III, 1934. 3ª ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, em especial p. 20-22. Ainda, sobre a constituinte de 1934, ver AZEVEDO, José A. M. **Elaborando a Constituição Nacional**: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

<sup>303</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 429-442.

<sup>304</sup> Nesse cenário, foi que João Mangabeira, Themistocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano sustentaram no anteprojeto o fim do sistema dualista do Poder Judiciário, instituído com a Constituição Federal de 1891, e o estabelecimento da unidade da magistratura. Desenho institucional aprovado pela subcomissão, mas que foi rejeitado na constituinte, que restabeleceu o sistema dualista. Sobre essa disputa pela unidade da magistratura (e do sistema judicial) na estrutura da organização do Poder Judiciário em detrimento do sistema dualista entre a

Esse argumento é ilustrado com o debate ocorrido na subcomissão sobre o conceito, definição, limites e competências do Supremo Tribunal Federal, que traz consequências e reflexos para o problema do mecanismo de tomada de decisão coletiva pelo tribunal, na medida em que o desenho e a estrutura de qualquer instituição (como?) sempre deve ser precedido das respostas às perguntas “para quê” e “por quê?”<sup>305</sup>

A proposta original, colocada em pauta pelo presidente da comissão, acerca do Supremo Tribunal Federal, dentro da organização do Poder Judiciário, era: “O Poder Judiciário da Republica será exercido: a) por um tribunal superior, com a denominação de Supremo Tribunal Federal”.<sup>306</sup>

Contra essa fórmula, Carlos Maximiliano apresentou emenda sugerindo, quanto ao termo “Supremo Tribunal Federal”, que fosse adotada a expressão “Côrte Suprema” ou “Supremo Tribunal”. João Mangabeira, por seu turno, apontou outra emenda para que se deixassem definidas, desde logo, as funções desse tribunal: “O Poder Judiciário será exercido por tribunaes e juízes distribuídos pelo paiz; e o órgão supremo terá por missão principalmente manter a unidade do Direito e ser o interprete máximo da Constituição”.<sup>307</sup>

---

União e os Estados, ver CASTRO, Araújo. **A reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1924, p. 91-102. Ainda, sobre os debates da Subcomissão do Itamaraty, cf., AZEVEDO, José A. M. **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 400-430.

<sup>305</sup> JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998, p. 47-63.

<sup>306</sup> AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 430.

<sup>307</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 431. João Mangabeira, um dos integrantes da Subcomissão Itamaraty, encarregada de redigir o anteprojeto da Constituição de 1934, propôs e defendeu três desenhos institucionais para a configuração e funcionamento do Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que esse no desempenho da jurisdição constitucional assumia função eminentemente política. Função política no sentido de que o objeto de trabalho do STF, a Constituição, é um projeto normativo em si político, porquanto versa sobre a estrutura de Estado, o estabelecimento de competências dos entes federados, tutelando as fronteiras de atuação normativa dos estados e da união, bem como o processo de formação das regras jurídicas. Ou seja, o caráter político do Supremo Tribunal Federal não se configura na sua feição partidária ou ideológica, mas nas suas funções, no exercício da matéria que é de sua competência precípua. Político pela repercussão de seus julgados e pela sua estrutura de instituição integrante do Estado de Direito que deve conferir a interpretação definitiva, do ponto de vista processual, do texto constitucional. Essa premissa adotada por João Mangabeira, com fundamento nos estudos da literatura constitucional e política da jurisdição constitucional norte-americana, como se verifica da leitura dos seus relatórios e textos, foi essencial para que se emprestasse a noção da realidade do que é e com que realmente trabalham os tribunais constitucionais. Por isso, seu interesse em mecanismos mais fortes de controle. Os desenhos institucionais propostos para a edificação de um “bom sistema” foram: criação de um tribunal de reclamação para as ações de valor econômico baixo contra a União; regra de maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade e a fixação de um prazo de cinco anos para a arguição do vício de ilegitimidade constitucional. Nesse sentido, ver MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. Bibliotheca de Cultura Jurídica e Social, vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. Esse livro é o resultado da junção de uma série de artigos publicados pelo autor no Diário Carioca, nos quais fez uma vigorosa defesa do anteprojeto, deliberado e votado pela Subcomissão do Itamaraty.



De início, a emenda arguida por Carlos Maximiliano foi aprovada sem maiores dissidências por se tratar de questão conceitual. Por outro lado, a emenda proposta por João Mangabeira foi alvo de duras críticas dos demais membros da subcomissão.<sup>308</sup>

Arthur Ribeiro apontou que a proposta de João Mangabeira de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função de manter a unidade do Direito era desnecessária por ter natureza meramente doutrinária, nada acrescentando ao sistema já delineado. Oswaldo Aranha, o mais crítico quanto ao ponto, levantou a objeção de que tal competência desfigurava a Constituição e a estrutura do sistema de separação e harmonia entre os poderes, porquanto enunciava uma atribuição que é da soberania do povo.<sup>309</sup> Nesse sentido, alegou:

A unidade do direito confiada ao Supremo Tribunal Federal será a morte da Republica. (...) Esse artigo é aberrante de tudo quanto é senso jurídico. Vota contra e lança um protesto, porque não pode haver um paiz onde o direito seja apenas a elaboração de um tribunal. Isso é contrario a tudo quanto se tem votado. Não é possível dar a um tribunal só a criação do direito brasileiro. Elle apenas mantem a unidade judicial, como parte realizadora e não como parte creadora do direito, que emana de fontes que nem se pôde estabelecer.<sup>310</sup>

Arthur Ribeiro, então presidente da subcomissão, refutou as objeções de Oswaldo Aranha, explicando que a razão subjacente à proposta não era a de conferir ao Supremo Tribunal uma função criadora do Direito, conquanto o regime federal, pelo jogo de suas instituições, atribua implicitamente esse papel ao tribunal quando o coloca como órgão de cúpula do Poder Judiciário.<sup>311</sup> Em suas palavras:

ainda que o dispositivo não diga, o Supremo tribunal terá uma grande função nesse aspecto da criação do direito. Pelo regimen federativo, não pôde deixar de ser ele o interprete, final da Constituição, deante da multiplicidade dos tribunaes. Não há outro meio de manter essa unidade senão pela uniformidade dos seus arrestos.<sup>312</sup>

Quanto à divergência instalada por Oswaldo Aranha, João Mangabeira esclareceu que a expressão “manter a unidade do direito” não significava uma criação pura do Direito pelo tribunal, mas sim uma criação a partir dos textos legais e constitucional, até porque o próprio verbo “manter” parte da premissa de que existe algo anterior, ou seja, uma premissa legal. Em outras palavras, no verbo “manter” não está implícita a faculdade de criação, mas de

<sup>308</sup> AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 430-432.

<sup>309</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 431.

<sup>310</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 431.

<sup>311</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 432.

<sup>312</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 432.



convergência das dissidências interpretativas, surgidas no âmbito da atuação dos distintos tribunais estaduais. Nesse contexto interpretativo é que se insere o sentido do verbo “manter” e da expressão “manter a unidade do direito”.<sup>313</sup>

João Mangabeira, quanto ao ponto, explicitou:

Umas das grandes missões, talvez a principal do Supremo Tribunal Federal, manter a unidade do direito, como a manteve em 1930, diante da emenda intercalada na reforma de 1926, decidindo entre duas sentenças contraditória – uma da Justiça Estadual e outra da Federal – e declarando: O direito é esse! É esse o caso máximo em que mantem a unidade do direito, para que um paiz dado quando um tribunal *A* declare que o direito é este e o tribunal *B* diga que é aquelle, ele intervenha entre as duas decisões contraditores sobre o mesmo principio jurídico e sobre a mesma regra geral, como uma espécie de tribunal de cassação, para declarar que o direito é este ou aquelle e assim manter a unidade do direito por via de recurso extraordinário.<sup>314</sup>

Ainda, trouxe maiores explicitações quanto à expressão “o intérprete máximo da Constituição”, conforme sua sugestão na emenda ao anteprojeto. Nessa linha de raciocínio, afirmou que a autoridade do Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição, deve estar consignada no texto constitucional como forma de se deixar definidos o espaço e os limites de atuação desse tribunal, para que sua competência não seja o resultado de ilações ou interpretações abstratas de juízes, mas, antes, do texto expresso da Constituição. Entendia tal precaução pertinente para se evitar os fatos ocorridos na prática jurisdicional e política dos Estados Unidos, que à vista da atuação da Suprema Corte americana, em direção à invalidação de leis progressistas do congresso, foi alvo de intensas críticas de políticos, os quais retomaram o argumento de que o exercício de tal poder configurava hipótese de usurpação de função que a Constituição em momento algum houvera definido.<sup>315</sup>

Defendia João Mangabeira que os poderes e funções do Supremo Tribunal Federal deveriam estar expressos no texto constitucional, como forma de se trabalhar a partir de uma premissa sincera da atividade jurisdicional constitucional. Apenas, partindo dessa realidade normativa da grande função atribuída ao tribunal, consistente em manter a unidade do Direito e ser o intérprete máximo da Constituição, que se poderia pensar em desenhos institucionais, voltados à repressão de potenciais abusos interpretativos e de poder.<sup>316</sup> À vista dessa perspectiva teórica e prática, justificou a técnica do protocolo de votação por maioria de dois terços para o Supremo Tribunal.

<sup>313</sup> AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 432.

<sup>314</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 432. No mesmo sentido, ver MANGABEIRA, **Em torno da Constituição...**, p. 102-107.

<sup>315</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 432-433.

<sup>316</sup> AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 433.

Oswaldo Aranha, ainda insatisfeito com a explicação, pediu que Carlos Maximiliano dissesse o que ele entendia por “manter a unidade do direito”, uma vez que o STF tem as duas atribuições: a de ser o intérprete da Constituição e a de manter a unidade do Direito. Em resposta, Carlos Maximiliano asseverou que a expressão tinha o propósito de afastar as aplicações contraditórias das regras jurídicas nos distintos tribunais estaduais.<sup>317</sup> Nessa oportunidade, João Mangabeira acrescentou a expressão “manter, pela jurisprudência, a unidade da Justiça”, a qual, desde logo, explicitaria a função do tribunal.<sup>318</sup>

A grande controvérsia, no final das contas, residia na fórmula a ser empregada no texto constitucional para a definição do Supremo Tribunal Federal, em face da sua função precípua de intérprete máximo da Constituição e garantidor da unidade do Direito, e não quanto à ideia em sua essência. Arthur Ribeiro e Oswaldo Aranha compreendiam ser inútil a definição da atribuição de manter a unidade do Direito, por meio da jurisprudência, porque se tratava de questão doutrinária, que já estava implícita na regra anterior.<sup>319</sup>

Ao final das discussões, foi aprovada a seguinte redação, quanto à função do STF: “O Poder Judiciário será exercido por Tribunaes e juizes, distribuidos pelo paiz; e o seu órgão superior terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do Direito, interpretado conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro.”<sup>320</sup>

Na 26ª sessão da subcomissão, ocorrida em 2 de fevereiro de 1932, na qual a ordem do dia era a discussão e votação do projeto do Ministro Arthur Ribeiro sobre o Poder Judiciário, Carlos Maximiliano sugeriu emenda para alterar o número de membros integrantes da composição do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição de 1981 houvera fixado em quinze.

Seu objetivo com a proposta era conciliar a necessidade de descongestionamento das atividades e trabalho da corte com sua autonomia e independência dos demais poderes quanto à nomeação judicial. Entendia, nessa linha de raciocínio, que competia ao próprio tribunal a palavra a respeito da oportunidade e conveniência em se aumentar o número de integrantes do tribunal, como forma de afastar a ingerência política direta na composição da corte, tal como acontecido no exemplo comparado da Suprema Corte americana.<sup>321</sup>

Abaixo a justificativa expressa e a proposta de emenda:

---

<sup>317</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 434.

<sup>318</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 434.

<sup>319</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 434.

<sup>320</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 434.

<sup>321</sup> AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional...*, p. 511-520.

A Constituição de 1981 fixou em 15 o numero dos membros da Corte Suprema. De certo, foi influenciada pelos factos políticos da America do Norte, onde Lincoln mudou o rumo da jurisprudencia, com elevar o numero de juizes do tribunal mais alto e nomear pessoas com a orientação propugnada pelo Presidente liberal e martyr.

Procurei conciliar a necessidade de descongestionar a Corte com a de subtrahir esse acto ao arbítrio dos políticos dominantes.

O próprio Tribunal dirá a primeira ou a ultima palavra sobre a matéria; a ele incumbirá informar si é ou não aconselhável o aumento de logares no pretório excelso.

Emfim, só aos juizes de direito, das capitaes, da 3º entrancia, portanto, attribui a actual competência dos juizes seccionaes: dei á matéria excepcional relevo.

Proponho as seguintes emendas:

I

Accrescente ao art. 2º:

§3º. Mediante representação do Supremo tribunal Federal, aprovada em sessão plena e por maioria absoluta, póde o numero dos seus membros ser augmentado, por lei ordinária; porém, não mais diminuído. Si a iniciativa partir do Conselho Nacional, do Poder Executivo, ou de um deputado, a Assembléa não a tomará em apreço antes de obter o assentimento do Tribunal.

Porque o perigo é esse: - o de se ver o Governo aumentar o numero de juizes, afim de obter uma maioria de acordo com seus desejos.

(...)

São as emendas que proponho.<sup>322</sup>

Com relação à emenda proposta, João Mangabeira votou contra, sob argumento de que o aumento do número de magistrados na composição do Supremo Tribunal Federal viabilizaria a possibilidade de interferência e manipulação política na formação do tribunal. Defendia que o contrário, ou seja, o estabelecimento de um número e competências fixos, era a garantia da independência da jurisdição constitucional, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>323</sup>

A inquietação demonstrada por João Mangabeira era reflexo dos acontecimentos vividos pela jurisdição norte-americana, que ele tinha muito presente em seu contexto teórico e político. A propósito, lembrando o caso do papel moeda resolvido na Suprema Corte americana, cuja decisão foi tomada por cinco a quatro, asseverou: “deu-se uma vaga no Supremo Tribunal e o numero de ministros foi augmentado de mais um. Então, o Governo nomeou dois homens, que estavam compromettidos para votarem pelo papel moeda. E seis mezes depois a jurisprudencia tinha mudado.”<sup>324</sup>

Maximiliano replicou a preocupação externada por Mangabeira, afirmando que com sua emenda esse problema não ocorreria, na medida em que o aumento do número de ministros dependeria de aprovação do próprio tribunal, ao contrário do que ocorrera no contexto norte-americano.<sup>325</sup> Argumento, compartilhado por Oswaldo Aranha, segundo o qual o inconveniente de trocas e interferências entre a justiça e o poder político estava afastado com a fórmula

<sup>322</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 513.

<sup>323</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 517.

<sup>324</sup> AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional...*, p. 517.

<sup>325</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 517.

encontrada na emenda para exigir a prévia aprovação por parte do Supremo Tribunal.<sup>326</sup> Tratando, esse assunto, da composição de mais uma matéria de organização do Poder Judiciário, caberia à lei orgânica definir esse ponto.

João Mangabeira, ainda, insistiu na manifestação de seu desconforto com a possibilidade de associação entre os dois poderes, Judiciário e Executivo, no que foi parcialmente acompanhado por Themistocles Cavalcanti, que também entendia devesse ser fixo o número de magistrados integrantes do tribunal, como forma de se evitar manipulações políticas. Todavia, votou pela redução do número de quinze para onze membros, como sugerido por Oswaldo Aranha.<sup>327</sup>

Afranio de Mello Franco, presidente da 26ª sessão, corroborou as preocupações externadas por João Mangabeira, no sentido de que a ausência de fixação de um número máximo poderia dar margem a incursões do poder político na composição da corte, tal como verificado na vida judiciária americana, em que, em determinada ocasião, o número de ministros foi reduzido para cinco, como técnica de manipulação política da corte para a obtenção de resultado pretendido pelo governo.<sup>328</sup>

Desse modo, entendeu que a fixação do número quinze para o máximo de membros do tribunal, sem possibilidade de sua redução, cumpria o objetivo visado pela regra jurídica, consistente no afastamento das manipulações dos poderes e forças políticas. Ainda mais considerando o fato de que a aprovação do aumento do número de ministros dependia da aquiescência de maioria absoluta do próprio Supremo Tribunal Federal. Caberia à própria instituição, portanto, definir sobre seu funcionamento e estrutura.

A redação final da emenda, tal como aprovada, ficou: “Mediante representação do Supremo Tribunal, aprovada por sessão plena, por maioria absoluta, póde o numero de seus membros ser augmentado gradativamente, por lei ordinária, até o máximo de 15, porém, não mais diminuído.”<sup>329</sup>

Essa previsão constitucional, como observado nas discussões, tinha o propósito de garantir a necessária independência à atuação do Supremo Tribunal Federal, em torno do

---

<sup>326</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 517-518.

<sup>327</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 519.

<sup>328</sup> Afranio de Mello Franco asseverou: “Como muito bem disse o sr. Mangabeira, o facto de não haver a Constituição americana fixado o numero de juizes da Suprema Côrte tem determinado a incursão dos poderes políticos na vida judiciaria daquele paiz, havendo ocasião em que esse numero foi reduzido a 5, depois gradativamente augmentado, ao sabor das necessidades politicas. Há muitos anos porém a Suprema Côrte é constituída por 9 juizes, e esse numero tem se mostrado suficiente para os trabalhos daquele Tribunal, que enfaixa, por assim dizer, o systema judiciário da grande nação.” AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 417.

<sup>329</sup> AZEVEDO, **Elaborando a Constituição Nacional...**, p. 417.

desempenho da sua atividade de máximo intérprete da Constituição Federal, no exercício do controle de constitucionalidade.

Função institucional e atribuição constitucional que, com a constituinte de 1934, ficaram expressas, a partir dos novos desenvolvimentos sobre essa questão e sobre a organização do Poder Judiciário dentro da estrutura do aparelho do Estado, conforme observações externadas por Carlos Maximiliano, Themistocles Cavalcanti e João Mangabeira. Por isso, a mera possibilidade de qualquer intervenção do poder político, nas suas decisões, constituiria fator de degradação do próprio Poder Judiciário, fato que deveria ser repellido a todo custo.

Por outro lado, considerada a essencialidade da função da jurisdição constitucional, densificada no controle de validade dos atos normativos e na definição da última interpretação da norma constitucional, restavam inquietações por parte de alguns membros da Subcomissão do Itamaraty, com relação à fórmula do controle de constitucionalidade, seus efeitos, alcance e limites internos, no processo de tomada de decisão.

Themistocles Cavalcanti demonstrava sua preocupação quanto ao tema da inconstitucionalidade das leis, porque entendia que a fórmula da não aplicação da lei, julgada inconstitucional pelo juiz, em um caso concreto, trazia sérios inconvenientes para o sistema judiciário como um todo.

Inconvenientes que configuravam, na sua concepção, riscos para a organização do Poder Judiciário, na medida em que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao caso concreto, possibilitava o ajuizamento de uma série de ações com a mesma finalidade e com o mesmo objeto. Ações que poderiam vir a ter soluções jurídicas distintas, a depender do tribunal ou juiz que analisasse ou decidisse sobre a questão. Mais grave era o fato de que essa fórmula institucional, tal como desenhada na Constituição de 1981, autorizava a convivência de uma declaração judicial de negativa de vigência de determinado ato e sua permanência e vigência no sistema jurídico, em decorrência da sua vinculação ao processo judicial individual.<sup>330</sup>

Nesse cenário, defendeu a ideia da ação declaratória em tese de inconstitucionalidade dos atos legislativos, que deveria encontrar a sua melhor fórmula de aplicação no sistema, em

---

<sup>330</sup> Esses receios eram compartilhados por João Mangabeira, para quem: “A medida tem a vantagem de evitar que, à sombra de uma lei inconstitucional, se desenvolva e estabilize uma série de ações jurídicas para cinco ou seis anos depois vir perturbar todo um mundo de interesses que se concretizaram em contractos.” Bem como por Góes Monteiro, como assinalado nos debates da 26ª sessão da comissão elaboradora do anteprojeto: “O sr. Góes Monteiro observa que, realmente, esta é umas coisas que sempre pareceram inconvenientes, no systema constitucional de 1891, pois não se póde compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ella continue em vigor. Entende que deve haver um meio de evitar esse inconveniente. Essa acção declaratória, em these, tem os seus perigos, porque coloca o Supremo Tribunal Federal quase como poder supremo do Estado”. Cf., AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional.*, op., cit., p. 532 e p. 536.

respeito e consideração à estrutura da separação de poderes. De início, Themistocles Cavalcanti consignou sua proposta de emenda nos seguintes termos: “A primeira é quanto à competência do Supremo Tribunal Federal para declarar em these a inconstitucionalidade das leis por meio de acção declaratoria, em virtude de provocação das camaras legislativas ou de qualquer interessado.”<sup>331</sup>

Apoiando a emenda, João Mangabeira afirmou que sua virtude se encontrava na autorização dada a qualquer interessado para propor acção declaratória de natureza sumária perante o Supremo Tribunal, com o objetivo de obter um pronunciamento sobre determinada lei com efeitos gerais. Essa técnica evitaria o ajuizamento de inúmeras ações judiciais repetitivas sobre a mesma questão, mesmo depois de anos consolidada no sistema jurídico. Hipótese que perturbava as situações formalizadas no passado, como interesses concretizados em contratos.<sup>332</sup>

Não obstante seu apoio à emenda proposta por Cavalcanti, Mangabeira explicou que esse “poder tremendo”, confiado ao Supremo Tribunal Federal, decorrente da acção declaratória em tese dos atos legislativos, deveria ser exercido com cautela e limites estruturais. Limite estrutural que encontrou resposta no protocolo de votação por maioria qualificada para a decisão, conforme propôs em emenda ao anteprojeto. Seus argumentos, quanto ao ponto, foram os seguintes:

Vota por esta emenda porque, mais adiante, procura, com outra que apresentará, restringindo também este poder do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, estabelecendo que um acto do Presidente da Republica ou da Assembléa Nacional só pode ser declarado inconstitucional quando, dentre 15 ministros, votarem 10.

É preciso, portanto, reunir dois terços de votos. É contra a inconstitucionalidade votada por 8 contra 7, de uma lei aprovada pela Assembléa Nacional, sancionada pelo Presidente da Republica, e, depois, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 contra. É o voto de um homem que prevalece contra sobe todas essas entidades, que votaram.

Essas decisões muitas vezes abalam o paiz, e, podem leva-lo até uma revolução.

Cita o caso de uma dessas decisões que lançaram a America do Norte numa guerra civil. Deante de várias sentenças, declarando a inconstitucionalidade de leis, foi tão grande o

<sup>331</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 532.

<sup>332</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 533. Essa objeção arguida por João Mangabeira foi inclusive o fato gerador de sua proposta constitucional de que passados cinco anos de vigência de determinado ato legislativo esse não mais poderia ter sua validade constitucional impugnada, na via jurisdicional. Proposta aprovada pela Comissão do Itamaraty e integrante do anteprojeto, mas que foi rejeitada na assembleia constituinte de 1934. Eis os termos da regra pretendida: “Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei aplicada, sem reclamação, por mais de cinco anos.” Na exposição de motivos para esse desenho institucional, argumentou: “Era a isso que o anteprojeto atendia, não permitindo que ninguém, á sombra de uma escolástica jurídica, atentasse contra os interesses estáveis e reais criados sob a observância de uma lei geralmente respeitada. Evitar-se-ia, também, que, por uma alteração de jurisprudência, se modificassem situações longamente estabelecida, sob a garantia da lei.” MANGABIERA, **Em torno da constituição...**, p. 119.

clamor, tamanha a onda de indignação nos Estados Unidos, que se tomou a deliberação de que uma lei só poderia ser decretada inconstitucional por unanimidade do Tribunal. Não exige tanto, entende, porém, que a votação deve ser feita por dois terços.<sup>333</sup>

Ressalte-se que as prudências e objeções levantadas por João Mangabeira eram apenas quanto à forma e limites do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal, não quanto ao poder em si, por isso seu apoio à emenda sugerida por Themistocles Cavalcanti.<sup>334</sup>

As deliberações empreendidas na sequência, com relação à sugestão da ação declaratória de inconstitucionalidade em tese pelo Poder Judiciário, tiveram como núcleo dois pontos de objeções.

O primeiro, no sentido de que o sistema tal como previsto já dava conta da função institucional, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição e máximo intérprete, de modo que esse modelo de ação declaratória em tese era desnecessário. Antonio Carlos, apoiando essa abordagem, declarou: “inclusive o que diz respeito á decretação de inconstitucionalidade de uma lei, porque a inconstitucionalidade póde ser decretada por intermédio do habeas corpus, ou por intermédio do mandado, que foi creado na ultima sessão”.<sup>335</sup> Para ele, a criação em tese da declaração, além dos limites previstos no sistema, violaria a estrutura da separação dos poderes, ao permitir revogação de ato da Assembleia Nacional pelo Judiciário.

O segundo ponto voltava-se à legitimidade para ação declaratória. Apoiando a emenda, acrescida da restrição sugerida por João Mangabeira, quanto ao protocolo de votação, Oliveira Vianna explicitou que era contrário à possibilidade de que qualquer interessado pudesse provocar o Supremo Tribunal Federal. Para ele, essa função deveria ser atribuída ao Instituto dos Advogados, medida suficiente para evitar a multiplicação de pronunciamentos.<sup>336</sup> É nesse sentido, também, a manifestação de Oswaldo Aranha, quando propõe “que o pronunciamento seja provocado por Camaras Legislativas, tribunaes e corporações scientificas”.<sup>337</sup>

Carlos Maximiliano manifestou-se favorável à emenda da ação declaratória em tese da inconstitucionalidade dos atos legislativos, ressaltando, porém, ser muito generalizante a proposta tal como feita, cabendo mais discussões sobre esse ponto.

---

<sup>333</sup> AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional...*, p. 532-533.

<sup>334</sup> MANGABEIRA, *Em torno da Constituição...*, p. 108-114.

<sup>335</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 533.

<sup>336</sup> AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional...*, p. 533.

<sup>337</sup> AZEVEDO, *Ibid.*, p. 533.



A abordagem da ação declaratória em tese suscitou muitas divergências, especialmente em relação aos efeitos que poderia acarretar na estrutura da separação de poderes.<sup>338</sup> Nesse sentido, Mello Franco declarou: “pede que a sub-comissão reflita um momento, antes de votar esse dispositivo que, a seu ver, vem subverter completamente a organização dos Poderes da Republica, tal qual está elaborada no projecto votado até este momento”.<sup>339</sup>

Da análise das deliberações havidas na subcomissão de elaboração do anteprojeto constitucional de 1934, é possível inferir que a maior preocupação com a proposta de um sistema de controle de constitucionalidade “em tese” estava na atribuição de uma função institucional ao Supremo Tribunal Federal que pudesse por em risco a estabilidade e harmonia da estrutura dos poderes. Tanto que a linha comum, de convergência, entre os integrantes era a de que a última palavra não poderia ser do STF, nesse tipo de ação em tese, que revoga em definitivo um ato do legislativo. Competiria aos três poderes participar do processo de tomada de decisão.

Foi nesta ocasião que João Mangabeira retomou sua proposta de que a declaração de inconstitucionalidade não poderia ser tomada por uma maioria ocasional do tribunal. Ou seja, de que um juiz não poderia ser a diferença para a revogação de um ato do legislativo que foi sancionado pelo Executivo, pois isso poderia levar o país a uma guerra, à semelhança do sucedido nos Estados Unidos. Ainda, como forma de controle desse “tremendo poder” do Supremo Tribunal Federal, Mangabeira defendeu que a decisão fosse levada, posteriormente, para a Assembleia Nacional, que decidiria em definitivo sobre a revogação do ato legislativo.<sup>340</sup>

Por fim, a emenda proposta por Themistocles Cavalcanti, com os acréscimos oferecidos por João Mangabeira, quanto à regra da maioria de dois terços para a decisão de declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, foi aprovada pela subcomissão.<sup>341</sup>

<sup>338</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 532-542. Cumpre assinalar, em específico, a seguinte observação de Oswaldo Aranha, que bem ilustra essa preocupação: “O sr. Oswaldo Aranha explica que seu voto a favor da emenda que acaba de ser aprovada é condicionado em relação aos demais. Tem o mesmo receio que S. Excia. o sr. Presidente de dar só ao Poder Judiciário, unicamente a ele, a faculdade de revogação de leis da Assembléa.” Ibid., p. 539

<sup>339</sup> AZEVEDO, Ibid., p. 538.

<sup>340</sup> “O sr. Themistocles Cavalcanti declara que o seu intuito, ao apresentar a emenda, foi exclusivamente evitar as anomalias tão bem ventiladas pelo dr. João Mangabeira. Quis evitar exatamente que uma lei julgada inconstitucional, um dia, continuasse em vigor e amanhã fosse julgada constitucional, por uma maioria ocasional, como tem acontecido. Quis impedir que o mesmo direito violado tenha, hoje, o amparo do Poder Judiciário e amanhã não tenha mais esse mesmo amparo. Foi esse o meu intuito. Aceita a restrição feita pelo dr. João Mangabeira para que essas sentenças sejam mandadas á Assembleia Nacional, afim de que essa decidida em definitivo” AZEVEDO, *Elaborando a Constituição Nacional...*, p. 538.

<sup>341</sup> Sobre os debates finais a respeito do protocolo de votação por supermaioria para as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade de leis, ver: “O sr. Oswaldo Aranha responde que actualmente o Supremo Tribunal declara inconstitucional uma lei por maioria de um só voto. Agora se exige que isso seja feito pelo menos por dois terços, deixando ainda ao Presidente da República o direito de aceitar ou não a inconstitucionalidade arguida. O sr. Presidente entende que essa parte da emenda exige que, toda a vez em que o Supremo Tribunal tiver de se manifestar pela inconstitucionalidade de uma lei out tratado, votem

Da análise das discussões e votações levadas a cabo pela notável Subcomissão do Itamaraty, fica clara a percepção do problema, quanto à técnica decisória adequada e suficiente para as tomadas de decisão coletivas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade, que reflete fundamento principal para a legitimidade desse tribunal.

Esse problema amplamente demonstrado e reivindicado por João Mangabeira, que de conhecimento dos acontecimentos ocorridos na prática jurisdicional norte-americana, bem como dos debates travados na literatura jurídica e no congresso norte-americano, quanto às decisões tomadas pela Suprema Corte por maioria estreita de um voto (*five to four*), que invalidaram legislações federais consideradas progressistas à época, propôs a adoção de um protocolo de votação por maioria de dois terços para a jurisdição constitucional brasileira.<sup>342</sup>

Justificou esse mecanismo de tomada de decisão coletiva com base em quatro fundamentos principais. O primeiro, como elemento de autoridade e legitimidade da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal no desempenho da atividade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos. O segundo fundamento reside na tutela da premissa da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, ou seja, no respeito à atividade desempenhada pelo Poder Legislativo no processo de produção de leis, as quais ainda passam pela sanção do Presidente da República. O terceiro, como mecanismo de proteção da independência do Supremo Tribunal contra as investidas do poder político de ocasião na manipulação das decisões. O quarto, como técnica estrutural de freio à jurisprudência oscilante do tribunal.<sup>343</sup>

---

nesse sentido pelo menos dez juízes. (...) O sr. Presidente esclarece que, de acordo como vencido, a inconstitucionalidade de uma lei só poderá ser declarada pelo Supremo Tribunal, composto de onze membros, como é actualmente, por um accórdão de oito juízes a favor da medida.” Cf., AZEVEDO, Ibid., p. 540-541.

<sup>342</sup> Esse argumento fica claro na seguinte passagem de sua justificação e defesa do anteprojeto: “O Supremo Tribunal Federal não é uma Côrte comum (...). A sua função precípua não é a de resolve casos de direito privado, como qualquer juiz singular. Mas a de velar pelas garantias constitucionais, não consentindo que os Poderes Legislativo e Executivo ultrapassem as raías que o Constituinte lhe traçou, e a de preservar a existência e a segurança do regime federal, não permitindo que a União e os Estados, reciprocamente, usurpem competência que a Carta soberana a cada um deles privativamente conferiu. E tal seja o modo por que exerça essa incomparável função política, e poderá precipitar o paiz na guerra civil, como em 1856, a Côrte Suprema com a decisão do caso Dred Scott; ou abalar a nação, com uma grande agitação política, ou ameaça de uma revolução social, como os arestos de uma pequena e precária maioria, que annullava, na America do Norte, quase todas as leis sociaes da União ou dos Estados (...)”. MANGABEIRA, **Em torno da Constituição...**, p. 108.

<sup>343</sup> “Assim, sem querer dar á Assembléa as armas perigosas que a Constituição Americana concedeu ao Congresso dos Estados Unidos, e, por outro lado, desejando expressamente conferir ao Supremo Tribunal a função oracular de interprete máximo da Constituição, mas pretendendo resguardar os permanentes interesses da Nação e o futuro do Paiz contra o conservantismo e a rotina de uma maioria precária, o ante-projecto determinou que a inconstitucionalidade de uma lei só poderia ser decretada, quando, neste sentido, votassem pelo menos dois terços dos Ministros. Evitavam-se, assim, as famosas decisões de cinco contra quatro, que tanta revolta têm provocado nos Estados Unidos, e tanto têm abalado o prestígio da Suprema Côrte Americana. O substitutivo, porém, exige apenas a “maioria absoluta dos juízes do Tribunal”. Incide, assim, no erro norte-americano das decisões *five to*

A discussão sobre os mecanismos de tomada de decisão coletiva, de uma forma geral, para órgãos coletivos, e, em especial para o Supremo Tribunal Federal, foi realizada, pela primeira vez, na história constitucional pela Subcomissão do Itamaraty e defendida na assembleia constituinte de 1934.<sup>344</sup> A escolha por determinada regra de julgamento majoritária não se deu, como visto, de forma aleatória, mas de forma justificada.

Essa abordagem normativa acerca da maioria como regra de decisão coletiva é percebida com mais nitidez quando se compara as duas propostas de regra de decisão, sugeridas para distintos contextos decisórios, envolvendo o Supremo Tribunal Federal. Com isso, pretende-se dizer que para a definição e escolha da regra de decisão adequada, se maioria absoluta, simples ou qualificada, a subcomissão levou em conta o tamanho do corpo coletivo e as premissas nas quais ele se assentava.

No primeiro contexto decisório, referente à necessidade de aprovação do Supremo Tribunal para o aumento do número de ministros (de 11 até 15), a comissão estabeleceu a regra de maioria absoluta. Isso porque a decisão a ser tomada tinha por objeto questão de organização interna do órgão, cujos efeitos vinculantes se restringiam aos membros decisores, sem vinculação a terceiros ou outro poder diretamente. Os efeitos da decisão atingiam de forma indireta outro poder ou terceiros.

Por outro lado, no segundo contexto, concernente à decisão de declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo, a subcomissão fixou a regra de supermaioria de dois terços, considerando a função institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, bem como os efeitos que a decisão acarretaria no sistema como um todo, que ultrapassam o corpo decisório do tribunal e das partes integrantes da relação jurídica em concreto. A decisão do STF no quadro normativo do anteprojeto seria definitiva quanto à declaração de inconstitucionalidade.

---

*four*, ou entre nós das inconstitucionalidades por seis contra cinco votos. Não colhe afirmar que os tribunaes só declaram a inconstitucionalidade, quando esta fora de qualquer duvida razoável. Ab initio, não pôde haver inconstitucionalidade mais duvidosa do que aquela repelida pela Assembléa, rejeitada pelo Presidente da Republica, na sancção, e, no Supremo Tribunal, impugnada por cinco votos dos seus onze ministros. Dentro da razoabilidade humana, nenhuma duvida se poderia originar de procedência menos discutivel ou se revestir de força mais formidável. E tudo isto há de ceder, inclusive a logica e o bom senso, porque um Ministro, juntando-se a uma das metades da Côrte, annullou a outra, e, com ella, os dois Poderes electivos do Estado, que haviam muita vez, feito e sancionado a lei, para atender aos mais instantes clamores populares, servir aos supremos interesses do Paiz, ou preservar os destinos da Nação. Em caso taes, e ainda assim por ficção, a duvida só se poderia considerar inequívoca, se a inconstitucionalidade se pronunciasse por uma grande maioria”. MANGABEIRA, Em torno da Constituição..., p. 115-116.

<sup>344</sup> Como afirmado no início desse tópico, a Constituição de 1891 não versou qualquer regulamento sobre a regra de julgamento para as decisões do Supremo Tribunal Federal. Coube à legislação infraconstitucional trazer a primeira disciplina sobre esse ponto, a qual ficou restrita à fixação de um quórum mínimo para o julgamento e não a uma regra de julgamento em si. As razões subjacentes à discussão da época dos Decretos n.º 938/1902 e n.º 1.939/1908 se concentravam no problema do quórum de instalação da sessão de julgamento, como técnica processual para se conferir uma resposta jurisdicional em que a voz do tribunal fosse representativa, e não de parcela mínima dos julgadores integrantes.

O quadro teórico subjacente à regra de decisão de supermaioria, acolhida pela Subcomissão do Itamaraty, pode ser incompleto e insuficiente, quanto à sua justificação em face da estrutura normativa e decisória da Constituição como um todo. Todavia, confirma a percepção por aquela subcomissão sobre o problema no qual gravitam os mecanismos de tomada de decisão coletiva e sua adequação às propriedades e justificações de cada contexto decisório.

A regra prescrita no anteprojeto referente à maioria de dois terços<sup>345</sup> foi, no entanto, modificada e substituída por uma regra de maioria absoluta para os pronunciamentos de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>346</sup> nas deliberações da Assembleia Constituinte de 1933/1934, conforme emenda relatada por Levi Carneiro.<sup>347</sup>

O Ministro Arthur Ribeiro, responsável na Subcomissão do Itamaraty pelo projeto de organização constitucional do Poder Judiciário, apresentou resposta em defesa do anteprojeto. Entretanto, como eram muitas as alterações ocorridas com as emendas aditivas ao substitutivo, concentrou-se mais na questão da dualidade e unidade da justiça e organização do Poder Judiciário, bem como nas atribuições do Ministério Público. De modo que não refutou, especificamente, essa questão da maioria como regra de decisão para os pronunciamentos de inconstitucionalidade pelos tribunais, em particular pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>348</sup>

Nas discussões da Assembleia Constituinte de 1933/1934, as ponderações particulares sobre as razões que motivaram referida alteração foram opacas, reduzidas ao campo da obviedade.<sup>349</sup> A justificativa principal se baseou no argumento de que a conjugação do requisito

<sup>345</sup> Art. 57 do anteprojeto: “Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. §1º. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros. §2º. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal Federal. §3º. Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável”.

<sup>346</sup> A versão final sobre a regra de decisão para todos os tribunais no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, aprovada pela constituinte, ficou como o art. 179 da Constituição Federal de 1934. Eis o teor: “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

<sup>347</sup> Confira-se as anotações registradas na Assembleia Constituinte: “Art. 12. - O pronunciamento da inconstitucionalidade de lei, ou ato do governo, terá lugar somente pelo voto expresso da maioria absoluta dos juizes do tribunal. Correspondência: A. P. art. 57, parágrafo 1º; emenda: 467, Covello-L. Leme; 804, K. Cavalcanti; 924, banc. Paraíba; 1.044, banc. Baía.” Cf., **Annaes da Assembléa Constiutinte 1933/1934**, vol. 10. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>, p. 355 e p. 363-367.

<sup>348</sup> **Annaes da Assembléa Constiutinte 1933/1934**..., p. 367-381.

<sup>349</sup> Uma observação interessante acerca da Assembleia Constituinte 1933/1934. Como afirmado no corpo do texto a influência do direito constitucional norte-americano foi decisiva para a configuração estrutural da nossa Constituição de 1891, bem como no processo constituinte de 1933/1934. Nada obstante, nessa época, em decorrência do desenvolvimento verificado no direito constitucional continental europeu, muitas questões

do vício inequívoco de inconstitucionalidade, com o quórum de maioria qualificada de dois terços, dificultaria muito a declaração da inconstitucionalidade, de modo que uma maioria absoluta se apresentava razoável.<sup>350</sup>

Cumprе assinalar que a reforma empreendida na Assembleia Constituinte em relação ao anteprojeto apresentado pela Subcomissão do Itamaraty quanto à regra de julgamento majoritária foi ampla, porquanto ela se estendeu, também, para os tribunais que exercessem a declaração de inconstitucionalidade, e não apenas para o Supremo Tribunal Federal.

Isso decorreu do próprio modelo de jurisdição constitucional adotado na constituinte, que refutou a ideia da ação declaratória em tese e manteve o difuso de constitucionalidade. Nesse cenário, retirou o caráter de definitividade da decisão tomada pelo STF em matéria de inconstitucionalidade, e transferiu para o Senado Federal a competência de atribuir o efeito generalizante de suspensão da execução do ato julgado inconstitucional.<sup>351</sup>

Considerando o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade escolhido para a Constituição de 1934, diferente daquele desenhado pela Subcomissão do Itamaraty no anteprojeto, com as características acima identificadas, fica mais fácil entender a opção pela regra de julgamento de maioria absoluta para os tribunais, de forma geral, nas decisões de declaração de inconstitucionalidade.

A regra da maioria absoluta como mecanismo de tomada de decisão coletiva, tal como prevista no art. 179 da Constituição Federal de 1934, foi reproduzida nas Constituições posteriores de 1937 (art. 96), de 1946 (art. 200), de 1967 (art. 111), na Emenda Constitucional n.º 1-69 (art. 116) e na atual Constituição de 1988 (art. 97).

---

igualmente foram refletidas a partir desses novos desenhos institucionais, como fica claro das discussões na elaboração do anteprojeto pela Subcomissão do Itamaraty, bem como das deliberações havidas na referida assembleia. A coincidência é que o teórico mais referido e destacado no processo constituinte foi Hans Kelsen, contratado, inclusive para apresentar um parecer sobre diversos pontos do projeto em debate. Entretanto, com relação à questão da regra de decisão majoritária ou supermajoritária, e mesmo para a estrutura normativa da jurisdição constitucional, não trouxe contribuição. Nesse sentido, ver, SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Hans Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934. **Direito & Práxis Revista**, vol. 06, n.º 11, 2015, p. 343-374. SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FERREIRA, Bruna Mariz Bataglia; LIMA, Douglas de Lacerda. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. **Revista da Faculdade de Direito-UERJ**, Rio de Janeiro, n.º 30, dez/2016, p. 248-265.

<sup>350</sup> Nesse sentido, restou consignado: “Art. 12. A questão da maioria de votos nas decisões sobre a constitucionalidade das leis tem provocado largos e apaixonados debates nos Estados Unidos. Ali se tem discutido muito sobre as *“four to five decisions”*. Entre nós, a lei vigente erige nos casos constitucionais, o voto de 8 ministros; assim, a maioria pode ser de cinco votos no total de 11. O anteprojeto exigia para o pronunciamento da inconstitucionalidade o voto de dois terços dos ministros - ou seja, em 11, nada menos de 8. Ora, é regra pacífica, seguida sempre pelos tribunais, que a inconstitucionalidade não se pronuncia senão quando inequívoca. Conjugada essa regra ao *quorum* exigido, fácil seria prever que a declaração da inconstitucionalidade se tornaria raríssima. Pareceu-me, portanto, preferível exigir, apenas, e o que é razoável, a maioria absoluta dos votos- isto é, seis em 11”. **Annaes da Assembléa Constituinte 1933/1934...**, p. 365.

<sup>351</sup> Art. 91, IV, Constituição Federal de 1934: suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A replicabilidade dessa regra de maioria absoluta para as constituições posteriores ocorreu sem maiores deliberações sobre suas justificações e propriedades; tampouco propostas de sua alteração para uma maioria qualificada.<sup>352</sup> A questão dos mecanismos de tomada de decisão coletiva para o Supremo Tribunal Federal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade, não mais voltou ao campo das deliberações legislativas.

Nada obstante, o constituinte derivado reformador após 1988 e o legislador infraconstitucional vêm adotando o protocolo de votação por supermaioria em outros contextos decisórios do STF, como: decisões de aprovação de súmula vinculante,<sup>353</sup> decisão de negativa de repercussão geral em recurso extraordinário<sup>354</sup> e decisões de modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade.<sup>355</sup> Essa estrutura decisória será aprofundada no próximo capítulo.

#### 4.2.2 Discussão no campo doutrinário

No âmbito doutrinário, a escolha pela regra de maioria absoluta como mecanismo de tomada de decisão coletiva para o Supremo Tribunal Federal, bem como para os tribunais ordinários declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, também não suscitou grandes debates teóricos ou justificativas normativas.

Carlos Maximiliano, na discussão sobre o conteúdo da regra do art. 200 da Constituição Federal de 1946, traz como argumento central a questão da natureza jurídica dessa regra, se ela

---

<sup>352</sup> Exceção pode ser apontada no processo constituinte de 1946, oportunidade na qual o parlamentar Elói Rocha apresentou a proposta de maioria qualificada de dois terços para os tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis ou de ato do Poder Público. Todavia, mais uma vez, a proposição foi rejeitada, ao argumento mais fácil de que tal maioria inviabilizaria o exercício da atividade jurisdicional dos tribunais, que, na maioria das vezes, são integrados por três a cinco juízes, não podendo se exigir uma maioria de dois terços. Cf., DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946** – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assambléia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 369-370. O problema é que mais uma vez a discussão sobre a regra de julgamento foi realizada de forma genérica para todos os tribunais, sem levar em consideração as propriedades e funções de cada tribunal na estrutura do Poder Judiciário, fator de necessária distinção para a escolha de um desenho institucional decisório adequado.

<sup>353</sup> Art. 103-A, Constituição Federal de 1988: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, *mediante decisão de dois terços dos seus membros*, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>354</sup> Art. 102, §3º, Constituição Federal de 1988: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo *pela manifestação de dois terços de seus membros*.

<sup>355</sup> Art. 27, Lei n.º 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, *por maioria de dois terços de seus membros*, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.



se refere à norma de competência ou à de atribuição de quórum para julgamento em órgão coletivo, como o tribunal.<sup>356</sup> Para ele, a regra do art. 200 expressa um quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade da lei, de modo que não se trata de norma de fixação de competência.<sup>357</sup> Caberia, assim, a todos os funcionários do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, ou seja, a todos os juízes singulares também o dever de controle da validade constitucional do ato normativo do poder público, uma vez que “lei inconstitucional não se cumpre, porque não é lei nenhuma”.<sup>358</sup>

Alfredo Buzaid, nos comentários do art. 200, aborda a razão subjacente do protocolo de votação por maioria absoluta, entendendo que essa se justifica, na intenção do legislador, para a preservação da unidade do Direito e o afastamento da hipótese de contradição de julgados no âmbito do mesmo tribunal. Ou seja, a maioria absoluta dos votos concordes para a declaração de inconstitucionalidade tem o propósito de evitar uma atuação temerária da corte suprema, que, em casos de tal gravidade, como o é da invalidação de leis, deve se expressar por maioria do número completo de juízes da corte e não por maioria simples ou ocasional. À semelhança da cláusula do *full bench* criado na jurisprudência da Suprema Corte americana.<sup>359</sup>

Aqui fica claro que a justificação da maioria absoluta tinha o propósito de evitar julgamentos por maiorias que não expressassem o quadro do tribunal. Daí a razão de que a maioria deveria ser compreendida como absoluta e não relativa. Para Buzaid, portanto, a regra de julgamento por maioria absoluta seria suficiente para a preservação da unidade do Direito e da garantia da coerência decisória interna no tribunal.<sup>360</sup>

Castro Nunes, ao comentar sobre a regra de maioria absoluta, qualificou-a como quórum exigido apenas para a declaração de inconstitucionalidade das leis e do ato do Presidente da

<sup>356</sup> Nesse ponto, Carlos Maximiliano traz a informação de que foi com essa regra que se ampliou essa exigência do protocolo de votação por maioria absoluta para todos os tribunais e não mais apenas para o Supremo Tribunal Federal: “O projeto do estatuto fundamental apenas se referia ao pretório supremo; a Emenda 478 generalizou sabiamente a regra: em qualquer tribunal, só por maioria absoluta dos seus membros pode ser declarada inconstitucional uma lei ou um ato de poder público. O preceito impõe-se ao fôro estadual e abroqueira as deliberações de Assembléias, Conselhos, Governadores e Prefeitos, locais. Vige, também nos tribunais militares, eleitorais e do trabalho.” MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. 4ª ed. Atual, vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 268.

<sup>357</sup> “O preceito exarado no estatuto brasileiro não é novo: abrolhou na prática norte-americana, que impoz a exigência de maioria absoluta; foi além, reclamou o comparecimento de TODOS os membros do pretório julgador da inconstitucionalidade (THE FULL BENCH). Por aí já resulta claro que trata de questão de QUORUM; não – de competência”. MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira...**, p. 265.

<sup>358</sup> MAXIMILIANO, Ibid., p. 264. Na Constituição Federal de 1946, começou a se discutir e gerou controvérsia doutrinária quanto à natureza da norma jurídica prescrita no seu artigo 200, se seria norma de competência ou de procedimento, de atribuição do quórum. Levantou-se a abordagem de que se a Constituição fala apenas em declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta do Plenário do Tribunal seria porque juízes singulares não teriam competência para tanto. Mas esse entendimento foi minoritário, conforme afirma Carlos Maximiliano.

<sup>359</sup> BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 72 e 76.

<sup>360</sup> BUZAID, **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 76.



República. Isso porque, à época dos seus comentários, estava em vigência a Constituição de 1937, a qual não obstante tenha mantido a regra da maioria absoluta, como previsto na Constituição de 1934, modificou a parte final quanto à legitimidade do ato questionado, que não mais correspondia aos atos do poder público, mas ato do Presidente da República.<sup>361</sup> A observação ficou restrita à definição em si da maioria absoluta, enquanto quórum, que corresponde à maioria da totalidade dos membros integrantes do tribunal, nada arguindo sobre a justificação ou alcance dessa regra.<sup>362</sup>

Ao analisar o artigo 200 da Constituição Federal de 1946, Themistocles Cavalcanti, embora afirme a competência dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade dos atos legislativos, entende que essa regra tem por objetivo a fixação de um quórum mínimo para a tomada dessas decisões.<sup>363</sup> Nesse sentido, traça uma análise histórica das constituições e legislações anteriores sobre a adoção de regra semelhante, e, na essência, argumenta sobre a definição do que seja a maioria absoluta, distinguindo-a da maioria relativa.<sup>364</sup>

Argumenta que “o que se deve exigir, porém, é que os votos computados expressem a maioria absoluta dos votos do Tribunal, e não eles membros presentes”.<sup>365</sup> Ainda, quanto aos comentários, Themistocles Cavalcanti pondera que a previsão de quórum para julgamento é de natureza regimental ou legal para hipóteses específicas, de modo que sua ausência implica a incidência de regra geral de julgamento. Todavia, não esclarece qual seria o protocolo de votação e porque se justificaria como mecanismo de tomada de decisão coletiva dos tribunais.<sup>366</sup>

<sup>361</sup> Em suas palavras: “Êsse dispositivo reproduz o do art. 179 da Constituição de 34, com alteração somente, na parte final, onde se lia: ‘ou de ato do Poder Público’ e hoje se lê ‘ou de ato do Presidente da República’”. NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 599.

<sup>362</sup> “A interpretação constitucional é como sabeis, eminentemente política. Política nas suas inspirações superiores e na sua repercussão. Cada decisão da Corte nas grandes questões constitucionais disse o attorney-general WICKERSHAM, veio a ser uma página da história. Cada juiz que nela tem assento, diz WARNER, não é apenas um jurista, mas ‘a great statesman’. (...) Se o texto constitucional é obscuro ou presta-se a mais de um entendimento, a exegese terá de sofrer, inevitavelmente, nesse domínio mais do que em qualquer outro, a influência das ideias gerais do intérprete, das tendências do seu temperamento e da sua educação jurídica. A Constituição quem a faz são os juizes, disse o atual *chief justice* – e é uma verdade.” NUNES, **Teoria e prática do Poder Judiciário**..., p. 597.

<sup>363</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. 3ª ed. rev. e atual., vol. IV. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1959, p. 212.

<sup>364</sup> Essa análise histórica das constituições e legislações anteriores à Constituição de 1946 acerca da questão da inconstitucionalidade e o quórum para sua declaração é mais bem detalhada pelo autor no estudo feito sobre o Supremo Tribunal Federal e a Constituição. Ver CAVALCANTI, Themistocles. **O Supremo Tribunal Federal e a Constituição**..., p. 115-118. Ao tratar da questão da inconstitucionalidade e sua regulamentação pela Constituição, verifica-se que a preocupação maior de Themistocles Cavalcanti residia na questão da permanência em vigor na ordem jurídica de dispositivo de lei declarado inconstitucional, produzindo efeitos, conquanto o seu vício substancial. Compreensão essa que indicava sua inclinação para a adoção de mecanismos processuais para o julgamento em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade das leis, conforme suas posições amplamente defendidas na comissão da constituinte de 1946. Ver, **A Constituição Federal comentada**..., p. 199.

<sup>365</sup> CAVALCANTI, **A Constituição Federal comentada**..., p. 212.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 212.

Pontes de Miranda entende que a maioria absoluta exigida para a declaração de inconstitucionalidade de atos do poder público é uma regra de julgamento para os tribunais coletivos. Tratar-se-ia do “chamado mínimo para julgamento de inconstitucionalidade da regra jurídica”.<sup>367</sup> Ou seja, uma regra de julgamento que é restrita no âmbito dos tribunais para a hipótese de inconstitucionalidade, não sendo exigida para a ilegalidade de ato do poder público.<sup>368</sup>

Esse cenário decisório, de aparente contradição, conforme aduz Pontes de Miranda, justifica-se em decorrência da natureza da norma violada, que é a Constituição, fundamento normativo de qualquer outro ato do poder público. Partindo dessa premissa, da natureza e supremacia da Constituição, o autor desenvolve o argumento das razões subjacentes da maioria absoluta, enquanto regra de julgamento, que consiste em promover uma maior dificuldade na atuação jurisdicional. Dificuldade que pode ser entendida como imposição de parcimônia e cuidado na decretação de inconstitucionalidade.<sup>369</sup> Como argumenta: “A exigência da maioria absoluta tem fundamento em ser preciso que se haja discutido e mediado o assunto, a fim de não ser excessivamente fácil a desconstituição de leis ou de outro ato do poder público, por eiva de inconstitucionalidade”.<sup>370</sup>

A questão da inconstitucionalidade é o fundamento necessário, no entendimento de Pontes de Miranda, para o uso da regra de maioria absoluta como protocolo de votação. O provimento ou não provimento de recurso extraordinário deve ter, portanto, como objeto a validade de lei local ou do ato de governo local, em face da Constituição, ou da lei federal, ainda que implicitamente, ou que o juiz tenha levantado qualquer questão de inconstitucionalidade não arguida.<sup>371</sup>

Da análise aqui empreendida da literatura jurídica constitucional e processual nacional, verifica-se que os autores que discutiram sobre o alcance da regra da maioria absoluta foram

<sup>367</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. Tomo III (Arts. 34-112). Editora Revista dos Tribunais, p. 563.

<sup>368</sup> PONTES DE MIRANDA, Ibid., p. 564. Aqui, cumpre assinalar que foi tomado como base para a discussão do argumento exposto por Pontes de Miranda, acerca da regra da maioria absoluta, os comentários ao art. 111 da Constituição Federal de 1967, porque se entende ser a última obra na qual teve oportunidade de tecer observações revisadas sobre a questão. Nada obstante, a ideia do autor não mudou com relação aos comentários tecidos sobre a mesma regra, constante nas constituições anteriores, como se infere da análise das seguintes obras: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1937**. Tomo III, artigos 90-123 (Poder Judiciário, Tribunal de Contas, Nacionalidade e cidadania. Direitos e garantias individuais). Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti editores, 1938, p. 45-60. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1946**. 3ª ed. Ver. e atual. Tomo VI (Arts. 157-218). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 389-424.

<sup>369</sup> PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição Federal de 1967**..., p. 564 e 587.

<sup>370</sup> PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição Federal de 1967**..., p. 564.

<sup>371</sup> PONTES DE MIRANDA, Ibid., p. 580-581.

expressos em dizer que tal exigência de protocolo de votação ou de quórum para a declaração de inconstitucionalidade estava restrita a este tipo de matéria, não se justificando em outros contextos decisórios, especificamente aos em que se discute a ilegalidade.<sup>372</sup>

A interpretação empreendida pela doutrina, acima exposta, permite inferir que a regra de julgamento por maioria simples assume uma posição de mecanismo de tomada de decisão coletiva padrão para todos os tribunais brasileiros em matéria não constitucional. Em outras palavras, quando omissa regra de julgamento qualificada expressa para determinado órgão jurisdicional coletivo, aplica-se a regra de decisão por maioria simples.

É válida essa inferência do sistema, mas a justificativa é insuficiente para se compreender e levar a sério os mecanismos de tomada de decisão coletiva, de uma forma geral, no contexto jurisdicional colegiado, haja vista que diversas são as propriedades e justificativas para cada órgão coletivo decisório. Todavia, não é objetivo dessa análise a ampliativa do problema, uma vez que o objeto de pesquisa é restrito ao âmbito das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional.

No contexto doutrinário contemporâneo, em período posterior à Constituição Federal de 1988, a argumentação sobre a regra de julgamento majoritária absoluta, prevista no art. 97, é de pouco interesse e pouco refletida.

Antes de tudo, o art. 97 da Constituição Federal de 1988 determina que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Da leitura desse texto constitucional, podem ser inferidas duas regras distintas, seja quanto a sua finalidade seja quanto ao seu objeto. A primeira, trata da chamada “cláusula de reserva de plenário”, que elege este órgão como única instância encarregada de deliberações constitucionais nos tribunais. A segunda, versa sobre a regra de julgamento por maioria absoluta.

A regra de julgamento por maioria absoluta para as decisões de declaração de inconstitucionalidade, seja no controle abstrato ou concreto, é vista como uma resposta estrutural óbvia, na medida em que nosso imaginário constitucional é dominado pelo majoritarismo, como observado no segundo capítulo. De outro lado, a referida situação de opacidade argumentativa pode ser reflexo, também, das discussões envolvendo o problema da

---

<sup>372</sup> Nesse sentido, expressamente, BUZAID, **Da ação direta declaratória...**, p. 77; CAVALCANTI, **Comentários à Constituição Federal...**, p. 212; PONTES DE MIRANDA, *Ibid.*, p. 580-581.

cláusula de reserva de plenário (ou de reserva de órgão especial), que acabou atraindo todas as atenções, tanto da literatura quanto da jurisprudência.<sup>373</sup>

Do estudo feito da doutrina nacional contemporânea à Constituição de 1988,<sup>374</sup> José Afonso da Silva, nos comentários sobre a regra de julgamento da maioria absoluta para o Supremo Tribunal Federal, foi o autor que sobre o assunto mais se debruçou, para além das explicações da questão da cláusula de reserva de plenário. Quanto à questão, trouxe duas observações. A primeira, quanto ao alcance e significado dessa regra, no sentido da definição de maioria absoluta em um órgão coletivo, que se refere à totalidade dos membros do tribunal, caso não tenha um órgão especial para expressar essa “razão pública do tribunal”, ou à totalidade dos membros desse órgão especial onde exista. Entende José Afonso da Silva que essa regra de julgamento empresta uma solenidade à declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais.<sup>375</sup>

A segunda observação consiste na identificação do propósito dessa regra de votação majoritária. Para o autor, ela se fundamenta em dois motivos principais. O primeiro, na tutela do valor da supremacia constitucional, que exige deferência ao legislador, de modo que apenas a declaração de inconstitucionalidade formal pelo tribunal pode retirar qualquer carga de eficácia do ato legislativo. O segundo motivo é o da tutela do valor da estabilidade da ordem

---

<sup>373</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte ao prospectar que o desrespeito à cláusula de reserva de plenário acarreta a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, partindo de órgão meramente fracionário, tenha declarado a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, motivo que, inclusive, foi fato gerador para a provação da súmula vinculante n.º 10, com o seguinte teor: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Sobre o argumento de que a cláusula de reserva de plenário ou do órgão especial viola o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade deve ser exercido pelos órgãos fracionários, ver, LEITE, Fabio Carvalho. Pelo fim da “cláusula de reversa de plenário”. **Direito, Estado e Sociedade**, n.º 40, jan/jun, 2012, p. 91-131. O autor, ainda, no seu texto destaca o problema da opção do nosso sistema constitucional pela regra de julgamento por maioria absoluta e sua incompatibilidade com o princípio da presunção de constitucionalidade, questão que acarreta déficit para uma justificativa adequada sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.

<sup>374</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988) vol. 4, t. III (arts. 92 a 126). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81-82; BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. Saraiva, 206. 5ª ed., reformulada, p. 585-587; AMARAL, José Levi Mello. Artigo 93, inciso X ao 99. p. 1215-1220. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009; BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 11ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1042-1046; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013; MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo, Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>375</sup> SILVA, José Afonso. **Comentários contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 524-525.

jurídica, que exige dos tribunais uma manifestação da sua expressão maior e representativa, e não de simples fração.<sup>376</sup>

Concorda-se com José Afonso da Silva sobre os motivos subjacentes à regra majoritária de votação para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, entretanto há discordância de que a maioria absoluta seja a técnica decisória necessária e suficiente para a tutela de tais razões.

As maiores críticas sustentadas contra o protocolo de votação supermajoritário, durante o período da Assembleia Constituinte de 1933/1934, podem ser contornadas em um novo cenário do quadro normativo constitucional, tal como o desenhado na Constituição de 1988, e nas suas versões constituintes derivadas sucessivas. O aporte teórico desenvolvido no terceiro capítulo sobre a regra de supermaioria, para o contexto decisório jurisdicional dos tribunais constitucionais, permite trazer mais uma vez para a consciência coletiva doutrinária, com reflexos no campo jurisdicional e constituinte, uma forma diferente de se pensar sobre essa resposta estrutural para a atividade da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>376</sup> SILVA, Ibid., p. 524.

## 5 SUPERMAIORIA COMO REGRA DE DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROPOSTA DE UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL

### 5.1 ESTRUTURA DECISÓRIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: SUPERMAIORIA + MAIORIAS

Nosso sistema positivo constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988, e atualizado por meio das reformas constitucionais posteriores, empreendidas nos processos liderados pelo constituinte derivado reformador, em sua estrutura decisória, em todos os contextos de formação da “vontade” do Estado, é informado pelo mecanismo de tomada de decisão coletiva majoritário. Maioria que assume três formas de expressão principais: maioria simples - ordinária ou relativa -, maioria absoluta e maioria qualificada.<sup>377</sup> A regra de julgamento por unanimidade é desconhecida no quadro normativo constitucional. Em nenhum dos processos decisórios aqui pesquisados foi encontrada a opção pela regra da unanimidade.<sup>378</sup>

Assim, pode-se afirmar que a técnica de positivação constitucional das maiorias adotada pelo constituinte é qualificada em frações, sendo a maioria simples, também chamada de eventual, obtida pelo número de parlamentares presentes no ato da votação. Já a maioria absoluta é aquela que considera a totalidade dos integrantes do órgão decisório. Para o seu cálculo não se leva em conta apenas os parlamentares que estejam ocasionalmente presentes no ato de votação. Exemplo: a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, composta

---

<sup>377</sup> Com relação à maioria absoluta, cabe esclarecer que, na doutrina da ciência política e da literatura constitucional, existe divergência quanto à sua classificação, se seria uma regra majoritária simples, ou de natureza qualificada. Adota-se, aqui, o entendimento de que a maioria absoluta é uma maioria autônoma não qualificada, porque reflete uma regra que expressa o número inteiro superior à metade de determinado corpo coletivo decisor. Assim, seu resultado tem o objetivo de revelar a vontade majoritária de uma assembleia coletiva, com a diferença para a maioria relativa que considera a integralidade dos membros integrantes dessa assembleia. Por conseguinte, a regra da maioria se expressa em três dimensões autônomas e distintas: maioria simples, ordinária ou relativa, maioria absoluta ou maioria qualificada. A maioria qualificada, por sua vez, pode se expressar por variáveis frações, como 2/3, 3/4, 3/5, mas todas estas não se confundem com a maioria absoluta, na medida em que revelam um quórum qualificado acima do número inteiro superior à metade.

<sup>378</sup> A regra de julgamento por unanimidade é, de uma forma geral, escolhida como o método mais apropriado para as decisões tomadas no âmbito dos júris criminais. O argumento subjacente que justifica essa regra está na consideração de duas razões: o bem jurídico em disputa que trata da liberdade individual e a premissa da presunção de inocência do acusado, que para sua desconstituição exigiria uma convicção formada além da dúvida razoável. Assim, caso algum jurado votasse pela inocência do acusado seria o suficiente para validar a presunção e rejeitar o reconhecimento da culpa. Essa configuração decisória vem sendo contestada pela doutrina, especificamente no cenário jurídico estadunidense que adota esse protocolo de julgamento. Sobre o tema, ver ELSTER, Jon. **Securities against misrule: juries, assemblies, elections**. New York: Cambridge University Press, 2013; SCHWARTZBERG, Melissa. **Democracy, judgment and juries**. In: In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 196-217; LEIB, Ethan J. **Supermajoritarianism and the American criminal jury**. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 33, 2006, p. 141-196.

de 513 parlamentares, será de 257 deputados, e, do Senado Federal, formado por 81 integrantes, será de 41 senadores, independentemente do número dos presentes na sessão. Já no âmbito de um tribunal, como o Supremo Tribunal Federal, composto de 11 membros, a maioria absoluta será de 6 ministros.

Por sua vez, a maioria qualificada é adotada em termos de fração, como forma de elevar o quórum da maioria absoluta. A título de exemplo, a Constituição Federal estabelece o quórum de 1/3 para proposta de emenda à Constituição, (art. 60, I); 2/3 para aprovação de lei orgânica municipal (*caput* do art. 29) ou para apreciação de contas anuais apresentadas por prefeitos à Câmara de Vereadores (art. 31, §2º); e 3/5 para discussão e aprovação de propostas de emenda à Constituição (§2º do art. 60).

#### 5.1.1 Estrutura decisória no Poder Legislativo

Quanto ao quadro normativo constitucional sobre as regras decisórias do Congresso Nacional, consta do texto que as deliberações de cada Casa e de suas comissões devem ser tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47).<sup>379</sup> Ou seja, a regra de decisão para as deliberações das comissões e Casas do Congresso Nacional será por maioria simples, com o quórum mínimo para a instalação da sessão, que é de maioria absoluta dos membros, salvo previsão expressa que indique outra maioria.

A escolha por esse desenho institucional majoritário para os procedimentos ordinários de tomada de decisão nas comissões de cada Casa do Congresso e em cada Casa desta autonomamente se justifica, como visto no decorrer deste trabalho, em decorrência de cinco fatores principais: a) tamanho do órgão decisor; b) custo decisório em favor da regra majoritária, em decorrência do tempo e material empreendidos no processo de decisão; c) preferência por decisões que possam ser modificadas de forma mais simples e rápida, ou seja, adoção de procedimento decisório menos rigoroso, como forma de permitir maior acomodação

---

<sup>379</sup> Art. 47, Constituição Federal, 1988: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.” Essa exigência constitucional de se estabelecer o mínimo de parlamentares que deverão deliberar sobre uma dada matéria, a fim de que ela seja válida, já existia nas nossas Constituições anteriores: 1824 (art. 25); 1934 (art. 27); 1937 (art. 40); 1946 (art. 42); 1967 (art. 33, equivalente ao art. 31 da EC n.º 1/69).



das maiorias políticas ocasionais<sup>380</sup>; d) tutela dos valores da liberdade e igualdade dos decisores<sup>381</sup>; e) neutralidade e indiferença às preferências (como *liberdade, status quo*).<sup>382</sup>

Em outras palavras: a democracia enquanto procedimento decisório de formação da vontade política ocasional do Estado exige o protocolo de deliberação e votação mais permeável a alterações e adaptações à realidade política e social; como método que melhor ajusta o adequado funcionamento das propriedades do regime democrático.

O protocolo de votação do sistema de atuação política é o majoritário simples, nos termos do referido no art. 47, quando ausente qualquer outra regra em sentido contrário. Da análise do texto constitucional, verifica-se a adoção da regra de maioria absoluta para as demais tomadas de decisão, regra que conforma o retrato estrutural majoritário do Legislativo.

Demonstração dessa outra técnica majoritária de julgamento está no quórum para a perda de mandato de deputados e senadores, conforme o art. 55, inciso VI, § 2º, nos casos dos incisos I, II e VI. Esse artigo prescreve que a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por *maioria absoluta*, mediante provocação da respectiva mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa.

Importa observar que, na hipótese de perda de mandato do parlamentar, a exigência é de *maioria absoluta*, mas a decisão é tomada apenas por um grupo e os seus efeitos são menores, bem como limitados ao âmbito de apenas uma casa legislativa, sem interferências ou reflexos nos demais Poderes.

Há, ainda, a previsão de decisão por *maioria absoluta* para a aprovação de reuniões parlamentares, que poderão ser convocadas pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da *maioria* dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante. Em todas as hipóteses desse inciso constitucional, a aprovação se dá com a *maioria absoluta* de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 57, § 6º, inciso II, CRFB).

---

<sup>380</sup> Ver o segundo capítulo, mais especificamente o ponto 2.2.1, que trata do argumento sustentado por Kelsen acerca da preferência pela regra de decisão majoritária no âmbito da democracia, por ser o método que proporciona de forma mais imediata a tutela da liberdade política dos decisores, ao permitir a rápida modificação das decisões tomadas anteriormente. Assim, os decisores que não mais concordassem com aquela “vontade coletiva do Estado” poderiam optar por sua reforma, de modo a ajustar o seu estado de não liberdade para o de liberdade positiva.

<sup>381</sup> Remete-se ao segundo capítulo, para a discussão sobre os valores da igualdade e liberdade como fundamento dos diversos mecanismos de tomada de decisão coletiva.

<sup>382</sup> Nesse sentido, o argumento de Enriqueta Espósito de que a política ordinária é realizada por meio. EXPOSITO, Enriqueta. *Mayorías en el Estado Constitucional*. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 69-76; cf. também PASTOR, Roberto Viciano. *Mayorías en el proceso constituyente*. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 55-66.

O processo legislativo, analisado isoladamente como uma tarefa pronta e acabada do Poder Legislativo, revela igualmente o acolhimento do majoritarismo como principal mecanismo de tomada de decisão coletiva. Isso porque a regra é a de que as deliberações sejam encerradas com o protocolo de votação por maioria em cada Casa do Congresso Nacional ou nas sessões conjuntas unicamerais entre deputados e senadores. Cabe lembrar que, embora a aprovação seja por maioria em cada Casa, o processo legislativo apenas se aperfeiçoa com a conjugação da votação de ambas as Casas e ainda assim é passível de veto pelo Presidente da República.

Mais especificamente: o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar (art. 65, CRFB).

O art. 66 da CRFB prevê que a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, sancionará. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Assim, decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

Caso o Congresso Nacional entenda por rejeitar o veto do Executivo, isto é, superar a consideração de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse político (veto político), faz-se necessária a apreciação em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da *maioria absoluta* dos Deputados e Senadores (art. 66, §4º, CRFB). Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

Cumprе ressaltar que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da *maioria absoluta* dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 67 da CRFB.

Para a aprovação das leis complementares, em decorrência da relevância das matérias destinadas a essa espécie legal, exige-se *maioria absoluta* (art. 69),<sup>383</sup> ao contrário da maioria ordinária exigida para o processo legislativo comum.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> Art. 69, Constituição Federal 1988: As leis complementares serão aprovadas pela maioria absoluta.

<sup>384</sup> A maioria ordinária também se faz presente como regra de decisão nas Comissões internas de cada Casa, quando as matérias são de competência dessas Comissões, sem que haja necessidade de aprovação em Plenário, órgão de

Da análise do processo legislativo, tal como arquitetado na Constituição Federal brasileira, verifica-se a expressão do modelo federativo e do bicameralismo como método de atuação e formação da autoridade política. Com isso, volta-se aqui ao aporte teórico exposto no segundo capítulo desta tese quanto ao real significado do bicameralismo como mecanismo de tomada de decisão coletiva pelo Legislativo na formação das espécies normativas.<sup>385</sup>

O bicameralismo expressa a regra da supermaioria implícita, na medida em que a vontade coletiva não é formada, como uma primeira leitura revelaria, pela maioria do Legislativo, mas sim pela conjugação das maiorias formadas em cada Casa mais a decisão do Poder Executivo. A supermaioria reside justamente nesse processo renovado de deliberação e decisão entre as duas Casas e entre estas e o Executivo, quando da aprovação ou rejeição do veto oposto por este último Poder de Estado.

Com efeito, o bicameralismo modula a regra supermajoritária (ou de maioria qualificada) como mecanismo de tomada de decisão coletiva que compartilha responsabilidade e poder entre distintos atores institucionais na sua forma horizontal. A decisão que resulta do processo legislativo (consubstanciada nas distintas espécies normativas) tem efeitos diretos em outros poderes e atores políticos e sociais. Ou seja, a decisão tomada não simplesmente resolve problemas internos ou tem reflexos diretos somente para órgão decisor; ao contrário, produz efeitos vinculantes para além de seu contexto institucional.<sup>386</sup>

No procedimento de *impeachment* de Presidente da República, infere-se igualmente uma justificativa distinta, bem como uma configuração diversa da regra majoritária. No âmbito da Câmara dos Deputados, consta a previsão de que compete privativamente ao órgão autorizar por uma *maioria de dois terços* de seus membros a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, inciso I). Assim, para a instauração do processo se exige uma maioria qualificada.

Na mesma lógica, de acordo com o parágrafo único do art. 52 da CRFB, no processo decisório do *impeachment* desenvolvido no âmbito do Senado Federal, nos casos previstos nos incisos I e II, a condenação apenas poderá ser pronunciada por uma *maioria de dois terços dos votos*. Limitando-se a condenação à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

---

decisão informado pela propriedade de maior amplitude em termos de número de decisores. Esse fato não altera o padrão decisório da regra de maioria ordinária para a regra de maioria absoluta, salvo previsão expressa em outro sentido, conforme se deflui da interpretação do texto constitucional do art. 47.

<sup>385</sup> Sobre a configuração do processo legislativo bicameral como uma expressão da regra de supermaioria implícita ver o segundo capítulo, notadamente o ponto 2.2.3.

<sup>386</sup> Ver, sobre o tema, o segundo capítulo.

Não distante disso, em caso de admissão da acusação contra o Presidente da República, o quórum será de dois terços da Câmara dos Deputados, sendo ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 86, *caput*).

Cumpra registrar, neste ponto, a nítida diferença entre os processos decisórios sancionatórios para o *impeachment* do Presidente da República e para a perda de mandato dos deputados e senadores. Enquanto no primeiro a decisão exige uma deliberação e votação rígida, qualificada, para o segundo apenas maioria absoluta, como afirmado linhas acima (art. 55, inciso VI, § 2º, CRFB).

A Constituição Federal, no art. 60, também exige *quórum qualificado* para a proposta de emenda ao texto constitucional, por se tratar de espécie normativa rígida e fundamento de validade de toda a ordem jurídico-política. É o que se verifica na exigência de que a iniciativa se dê, no que aqui interessa, por: i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou ii) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

E novamente: a proposta de emenda à Constituição será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, *maioria de três quintos dos votos* dos respectivos membros (§2º do art. 60, CRFB).

A regra de *supermaioria* também aparece como mecanismo de tomada de decisão coletiva do Congresso Nacional no exercício da sua competência de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, sendo que, neste caso, porém, trata-se de uma regra implícita, em razão da necessidade da forma do bicameralismo em torno do processo, que se mostra mais complexo.

Por outro lado, para a qualificação de normas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a aprovação deve ocorrer, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por *maioria de três quintos dos votos* dos respectivos membros, conforme expressamente previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal.

#### 5.1.2 Estrutura decisória no sistema eleitoral

Quanto sistema eleitoral, nas votações para a escolha dos representantes a regra predominante é a majoritária. Na eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, o

art. 77 da CRFB dispõe que será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os votos em branco e os nulos. No caso de nenhum candidato alcançar a maioria, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

A regra majoritária também informa a eleição dos membros para o Senado Federal (art. 46 CRFB). De outro lado, para a eleição para membros da Câmara dos Deputados, o sistema adotado é o proporcional (art. 45 CRFB), que equivale a um mecanismo coletivo de regra supermajoritária implícita, como afirmado no primeiro capítulo. O caráter supermajoritário deste sistema é percebido na sua forma horizontal, ao proporcionar um processo eleitoral mais responsivo às minorias políticas.<sup>387</sup>

### 5.1.3 Estrutura decisória no Poder Judiciário

No contexto decisório do Poder Judiciário, partindo da leitura do texto constitucional, infere-se um quadro normativo configurado pelas três regras de maioria, ordinária, absoluta e qualificada (supermaioria). A lógica normativa subjacente confirma a justificativa do supermajoritarismo como o mecanismo de tomada de decisão coletiva adequado para as decisões mais importantes e que têm efeitos *além muros*.

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público somente poderá ser declarada pelo voto da *maioria absoluta* de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial dos tribunais (art. 97). O quórum para a sessão de julgamento dessa matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal é de oito ministros (art. 22 da Lei 9.898/99). Ou seja, efetuado o julgamento com esse quórum pode ser declarada a inconstitucionalidade se, no mínimo, seis ministros votarem contra a lei ou o ato impugnado. Estando ausentes ou licenciados ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ministros ausentes, até que se atinja o quórum necessário, nos termos do art. 173, parágrafo único do RISTF, e do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.898/99.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela *maioria absoluta* do Senado Federal (parágrafo único do art. 101, CRFB).<sup>388</sup> Além disso, e de sua aplicação para o Ministério Público da União

<sup>387</sup> Ver primeiro capítulo, parte 1.3.

<sup>388</sup> Essa regra de maioria absoluta para a nomeação judicial é objeto de questionamento e discussão no Direito Comparado. Nesse sentido, ver nota de rodapé 96 do segundo capítulo.

(§1º do art. 128, CRFB), tal regra é replicada no âmbito do Poder Judiciário para a nomeação de ministros para todas as cortes superiores. A regra aparece para as nomeações de ministros do Superior Tribunal de Justiça (parágrafo único do art. 104, CRFB) e do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, CRFB).

Outro exemplo de regra qualificada de julgamento aparece para o recurso extraordinário. O recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação da *maioria de dois terços* de seus membros (art. 102, CRFB).

Em relação à súmula vinculante, o art. 103-A da CRFB, dispõe que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de *dois terços dos seus membros*, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Os processos decisórios que adotam a regra majoritária absoluta, e não qualificada, no contexto do Poder Judiciário são aqueles, por sua vez, que envolvem problemas internos ao próprio órgão decisor e/ou sem reflexos diretos na promoção da estrutura de separação de poderes.

Assim como ocorre para a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, exigindo-se autorização da *maioria absoluta* do Senado Federal (§2º do art. 128, CRFB), também se requer tal maioria, aí do respectivo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça, para as decisões de remoção, disponibilidade e aposentadoria de magistrado por interesse público, assegurada a ampla defesa (art. 93, VIII, CRFB). De outro lado, as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da *maioria absoluta* de seus membros (art. 93, X, CRFB).

Essas regras de julgamento por maioria absoluta para as decisões tomadas no âmbito administrativo dos tribunais, bem como aquela pertinente a matéria de exclusivo interesse da organização do Poder Judiciário, foram instituídas na ordem constitucional com a reforma de 2004, oportunidade na qual o poder constituinte derivado igualmente disciplinou a regra de julgamento supermajoritária para as decisões de súmula vinculante e de negativa de admissibilidade para a repercussão geral.

O novo desenho institucional configurado revela a percepção da justificativa e das propriedades específicas de cada contexto decisório e sua correlação com o protocolo de

votação adequado. Todavia, ainda remanescem algumas incoerências e assimetrias nesse desenho constitucional, cabendo à doutrina fazer a leitura adequada e coerente do quadro normativo decisório de acordo com os valores subjacentes ao compromisso constitucional à democracia de consenso.

#### 5.1.4 Mecanismos de tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de constitucionalidade

O processo decisório para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação declaratória de constitucionalidade possui seu regime jurídico disciplinado expressamente na Lei 9.898/99.

Para a tomada de decisão nas ações diretas, a legislação específica estabelece dois tipos de quórum. O primeiro é relativo à instalação de sessão de julgamento, exigindo-se a presença de pelo menos oito ministros, ou seja, uma regra de maioria qualificada de dois terços (art. 22, Lei 9.898/99). O segundo refere-se propriamente à regra de julgamento para a proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição ou norma impugnada, requerendo-se a maioria absoluta de seis ministros (art. 23, Lei 9.898/99).

Na hipótese de não ter sido alcançada a maioria absoluta exigida para a pronúncia da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, e estando ausente da sessão de julgamento número suficiente de ministros que possa influir no julgamento e na formação da votação, suspende-se a sessão e aguarda-se o número suficiente para a satisfação do quórum requerido (parágrafo único do art. 23, Lei 9.898/99).

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a decisão será tomada se presentes 2/3 dos ministros. O texto é silente quanto à regra de julgamento, assim como o constitucional quando disciplina referida ação constitucional no art. 102, §1º. Na ausência de regra de decisão expressa aplica-se por analogia o mesmo quórum previsto para as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade (art. 23 da Lei 9.898/99, que replica a norma constitucional do art. 97). Assim, para procedência ou improcedência da ação o quórum é de maioria absoluta. O argumento para a aplicação analógica da regra de maioria absoluta se fundamenta na simetria do sistema processual para o controle concentrado de constitucionalidade, tal como disciplinado na Lei 9.898/99.<sup>389</sup>

---

<sup>389</sup> Nesse sentido, MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1304.



Ao lado dessa fundamentação por analogia, outra razão para justificar a maioria absoluta seria o fato de o art. 5º da Lei 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prescrever a regra de julgamento por maioria absoluta dos membros do tribunal para o deferimento de medida cautelar. Assim, como para uma medida de caráter provisório exige-se determinada regra coincidente com aquela prevista para a declaração final de inconstitucionalidade, a leitura coerente e simétrica do sistema impõe que essa regra seja igualmente exigida para a decisão final.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o art. 12-H, §2º, da Lei nº 9.898/99, prescreve, quanto ao regime da decisão, que se aplica, no que couber, o desenhado para as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Desse modo, o protocolo de votação será por maioria absoluta (arts. 12-H, §2º, e 23, da Lei 9.898/99).

Da análise da legislação que disciplina o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade, como a ADI, a ADC, a ADO e a ADPF, cinco regras comuns do processo decisório são inferidas, quais sejam:

- a) Quórum de instalação da sessão de julgamento de dois terços, ou seja, presença mínima de oito ministros do tribunal (art. 22, Lei 9.898/99);
- b) Regra de decisão por maioria absoluta para o deferimento de medida cautelar (art. 10, Lei 9.898/99; art. 5º, Lei 9.882/99);
- c) Regra expressa de maioria absoluta para as decisões de procedência nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (art. 23, Lei 9.898/99);
- d) Aplicação analógica da regra de maioria absoluta para as decisões finais para a arguição de descumprimento de preceito fundamental; não alcançada a maioria absoluta requerida e ausente número suficiente de ministros para a votação, suspende-se o julgamento para que na próxima sessão possam ser tomados os votos dos ausentes (art. 12-H, §2º, Lei 9.882/99 c/c art. 23, Lei 9.898/99);
- e) Regra de julgamento por maioria qualificada de dois terços para decisão de restrição ou modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27, Lei 9.898/99).

Para as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, o sistema constitucional e processual positivo não previu o estabelecimento de uma regra de julgamento expressa. Tampouco disciplinou regra para a hipótese de superação do precedente judicial formado com o julgamento da repercussão geral em recurso

extraordinário, assim como em outras decisões tomadas em sede do plenário do Supremo Tribunal Federal,<sup>390</sup> com a reforma do tema promovida (art. 927, §3º e §4º, CPC).

## 5.2 UMA JUSTIFICAÇÃO COERENTE E ADEQUADA DO QUADRO NORMATIVO DECISÓRIO CONSTITUCIONAL COM O COMPROMISSO SUPERMAJORITÁRIO E A DEMOCRACIA CONSENSUAL

Da análise do texto constitucional quanto à sua estrutura decisória, é possível concluir que os controles e contrapesos como peças e engrenagens na maquinaria da separação de poderes se configuram por diferentes regras de decisão. Configuração que revela o nosso compromisso constitucional com o supermajoritarismo<sup>391</sup> e democracia consensual,<sup>392</sup> como defendido nesta tese, especificamente no segundo e no terceiro capítulos.

Para as decisões mais importantes que exigem, por isso mesmo, maior deliberação e consenso no processo de tomada de julgamento, bem como deferência ao *status quo* que resulta de processo majoritário anterior, o constituinte (originário e derivado reformador) escolheu como regra de decisão mais apropriada a da maioria qualificada ou supermaioria.

As alocações das regras de decisão, tal como postas no desenho institucional, permitem inferir uma justificação coerente com os critérios que conformam cada contexto decisório. De uma forma geral, a configuração decisória relaciona-se com os fatores que identificam o campo decisório, como o tamanho do órgão decisor, os valores subjacentes ao contexto, os efeitos da decisão, o grau de importância da decisão na promoção da estrutura de separação de poderes, a necessidade de maior consenso e as preferências.

Com efeito, o majoritarismo encontra justificativa em nossa democracia constitucional como regra decisória de uso continuado e quantitativo na nossa arquitetura institucional. Contudo, é possível argumentar que as premissas desse mecanismo parecem satisfeitas, no que

---

<sup>390</sup> Para uma leitura crítica e adequada do sistema de precedentes judiciais formalmente adotado com o novo Código de Processo Civil de 2015, especificamente no art. 926 e 927, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605-617. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

<sup>391</sup> Cf. MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Our supermajoritarian Constitution. **Texas Law Review**, vol. 80, n.º 2, march 2002, p. 703-806; MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Majority and supermajority rules: three views of the Capitol, **Texas Law Review**, vol. 85, 2007, p. 1115-1184; MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules as a constitutional solution, **William and Mary Law Review**, vol. 40, n.º 2, 1999, p. 365-470.

<sup>392</sup> Ver primeiro e segundo capítulos.

toca ao espaço do parlamento e das decisões voltadas para a resolução de problemas internos ou cujos efeitos sejam circunscritos ao órgão decisor.

Já em espaço decisório em que a deliberação se coloca como método de alcance de um maior consenso, a regra de supermaioria é requerida. Igualmente, nos casos em que a votação é sobre preferências, como a preferência pelo *status quo*, decorrente da presunção de constitucionalidade das normas, e pela estabilidade, o majoritarismo não promete muita coisa, abrindo espaço para a supermaioria.

Cabe esclarecer, ainda, uma inferência válida da leitura do quadro normativo constitucional decisório, especificamente quanto ao desenho da regra de supermaioria como mecanismo de tomada de decisão coletiva.

A supermaioria ou regra de maioria qualificada assume duas feições: uma implícita e outra explícita. A implícita se apresenta, por exemplo, no processo legislativo bicameral, no qual o processo de produção da autoridade política é compartilhado entre duas Casas distintas e entre dois poderes de Estado distintos, o Legislativo e o Executivo. Nessa hipótese, a regra de decisão é por maioria absoluta; todavia, o processo decisório se perfectibiliza com a conjugação de dois ou mais atores políticos e institucionais. Por outro lado, a expressão explícita da regra de supermaioria se configura por meio de frações, como as já mencionadas 2/3, 3/5, 3/4 e 1/3.

Desse modo, quando o constituinte adotou a supermaioria implícita, como no processo legislativo bicameral, a regra de maioria absoluta foi a expressão da vontade coletiva dos diversos órgãos decisores. Já quando o constituinte adotou a regra expressa de supermaioria assim o fez para aqueles processos decisórios tomados por um único poder de Estado. O método encontrado para promover a deliberação e o consenso no órgão decisor, portanto, foi a elevação do quórum de julgamento, como forma também de diferenciação da autoridade e legitimidade daquela decisão que tem efeitos externos na separação de poderes.

Não obstante o compromisso constitucional com o supermajoritarismo para os processos decisórios mais importantes e que interferem diretamente na relação entre os poderes de Estado, bem como a leitura coerente inferida do texto constitucional, a partir dos aportes teóricos trabalhados nesta tese, faz-se necessário contextualizar o processo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, na modalidade difusa e concentrada.

O Poder Judiciário adota as regras de decisão por maioria absoluta para aqueles procedimentos de caráter administrativo ou que envolvam problemas relativos à carreira e organização interna. Essas decisões afetam o próprio órgão e, portanto, o próprio colegiado decisor. Nesse cenário, em que as propriedades e justificativas da regra decisória majoritária

absoluta são identificadas, é que se pensou a regra de julgamento de maioria absoluta para as decisões tomadas no sentido da pronúncia e/ou reconhecimento da inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Isso porque, como argumentado no quarto capítulo, no contexto histórico no qual essa regra foi adotada, não obstante a defesa por uma regra de supermaioria para as decisões de inconstitucionalidade à época, partia-se da premissa de que a jurisdição constitucional, exercida pela via incidental e difusa pelo Supremo Tribunal Federal, era voltada para o caso concreto. A questão de inconstitucionalidade versava questão prejudicial ao mérito e ao juízo de não aplicação da norma reconhecida inconstitucional.

Dentro dessa moldura, com efeito, a regra de maioria absoluta poderia justificar-se, embora trouxesse sérios problemas e inconvenientes para a ordem jurídica, que não tinha os precedentes judiciais como parte da metodologia de trabalho jurisdicional.

Por outro lado, escolheu-se como desenho institucional adequado a alguns contextos decisórios a regra de julgamento de supermaioria de dois terços. Esses contextos são dois: a decisão de não admissibilidade de repercussão geral<sup>393</sup> e a decisão de aprovação de súmula vinculante. O que esses dois contextos decisórios têm em comum para a adoção da regra de supermaioria? Quais critérios os distinguem daqueles outros que justificam a regra de maioria absoluta?

A decisão de não admissibilidade de repercussão geral, ao exigir a regra de maioria qualificada de dois terços dos membros do tribunal, tomou em consideração a preferência pelo *status quo*, consubstanciado na presunção de repercussão geral das questões constitucionais arguidas em sede de recurso extraordinário. A ideia subjacente é que a instituição de um filtro recursal, como mecanismo de escolha das questões a serem decididas por uma suprema corte constitucional, impõe um ônus argumentativo forte ao tribunal para desconstituir a presunção da importância constitucional das questões. Por isso, tem-se a lógica decisória invertida quanto ao quórum de julgamento e a justificação de uma maioria qualificada.

---

<sup>393</sup> Na doutrina nacional consultada sobre os institutos da repercussão geral e dos precedentes judiciais, não se encontrou um estudo voltado para discutir os aspectos estruturais da regra de julgamento das decisões. Cf. MEDINA, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 110-114; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE, Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buriel de (Ed.). Precedentes, Salvador: Juspodivm, 2015; FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; DANTAS, Bruno. (orgs.) Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.450-473; TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.º 54, 2007. p. 56-68.

Em resumo: o que está no centro da tomada de decisão da repercussão geral está para além dos valores tutelados pela regra majoritária absoluta (liberdade, igualdade dos decisores e neutralidade a preferências), agregando-se outros valores que qualifica a maioria como insuficiente.

O mesmo argumento pode ser afirmado para a regra supermajoritária de dois terços para a aprovação de súmula vinculante. As propriedades desse contexto decisório identificam que os efeitos da decisão tomada interferem na promoção da estrutura de separação entre os poderes, requerendo uma fase deliberativa mais proeminente com a formação de um amplo consenso, como forma de assegurar a autoridade institucional e a estabilidade da decisão. A função da súmula vinculante é definir a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, acerca das quais haja controvérsia entre os órgãos jurisdicionais, suficiente a provocar um quadro de instabilidade e insegurança jurídica (art. 103-A, §1º, CRFB).

À vista dessa leitura normativa do quadro decisório constitucional, qual argumento fundamenta a regra de maioria absoluta como protocolo de votação para as ações integrantes do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como expressamente prescrito no art. 97 da Constituição Federal e no art. 23 da Lei 9.898/99? Qual argumento justifica a regra de maioria absoluta para as decisões de repercussão geral em recurso extraordinário, que tem como finalidade precípua a criação de precedente em matéria constitucional?

E mais: como compatibilizar o nosso compromisso constitucional com o supermajoritarismo e a atuação do Supremo Tribunal Federal no desempenho institucional da jurisdição constitucional concentrada e difusa (por meio do precedente constitucional), que se utiliza da regra decisória de maioria absoluta? Como justificar, a partir de uma leitura coerente e simétrica da configuração decisória da Constituição Federal, que uma maioria estreita do Judiciário possa *derrubar* decisões legislativas, resultado de um processo supermajoritário implícito?

Entende-se que os argumentos apresentados pelo majoritarismo são insuficientes para fornecer uma conta adequada do contexto jurisdicional, tal como ele é institucionalmente apresentado. A regra da maioria estreita absoluta oferece apenas, nesse ponto, uma justificativa teórica confortável quanto ao seu aspecto histórico familiar.<sup>394</sup> Ademais, o argumento da presunção de constitucionalidade é um peso forte com o qual a Corte tem que lidar na sua atividade jurisdicional. É hora de reconhecer a jurisdição constitucional com seus poderes e

---

<sup>394</sup> Cf. CAMINKER, Evan. Thayerian deference to Congress and Supreme Court supermajority rule: lessons from the past. **Indiana Law Journal**, vol. 78, 2003, p. 73-122. Ver também nesse sentido WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? **Yale Law Journal**, vol. 123, 2014, p. 1692-1730.

competências de forma explícita em nossa ordem jurídica, para que se possa, de forma sincera, limitar sua utilização como reflexo do equilíbrio geral de poderes na Constituição.

Como afirmado no primeiro capítulo desta tese, no quadro da democracia consensual e constitucional, o Poder Judiciário é a instituição incumbida da tutela da democracia, para impedir que as maiorias políticas ocasionais restrinjam minorias e, de outra forma, limitar a competição política e o debate. Além disso, a própria Constituição é exemplo de lei fundamental supermajoritária.

*Daí porque se justifica a proposta oferecida nesta tese por um novo desenho institucional para o processo decisório do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado e nas decisões tomadas em repercussão geral em recurso extraordinário, com a adoção da regra de julgamento por maioria de dois terços dos membros do Tribunal.*

### 5.3 MAIORIA ABSOLUTA PARA O CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL X SUPERMAIORIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO: LEITURA COERENTE DOS CONTEXTOS DECISÓRIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No controle difuso e incidental de constitucionalidade não existe uma decisão propriamente dita de (in)constitucionalidade que tenha deliberado e resolvido sobre a validade constitucional de qualquer ato normativo como matéria principal. A inconstitucionalidade nessa hipótese é reconhecida, de modo que o juízo decisório é de não aplicação do ato normativo no caso concreto.<sup>395</sup> A eficácia do texto legal ou ato normativo fica condicionada para sua aplicação pelo Poder Judiciário à decisão de repercussão geral em recurso extraordinário que define a interpretação jurídica para aquele ato normativo.

A questão da inconstitucionalidade, nessa dimensão, é matéria prejudicial ao exame do mérito do caso concreto. Daí porque se fala em reconhecimento de eventual inconstitucionalidade sem uma decisão específica sobre a questão. Tanto é assim que outro juiz ou tribunal pode interpretar de forma diferente, reconhecendo ou não a validade de constitucionalidade do mesmo ato e deixando ou não de aplicá-lo ao caso concreto sob seu exame.

---

<sup>395</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 11-71; ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças constitucionais na jurisdição constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-51; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278-280.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, no exercício do controle difuso e incidental, não declara diretamente a (in) constitucionalidade do ato normativo na decisão de recurso extraordinário. A atividade jurisdicional do Tribunal nessa hipótese se concentra na definição e formação da interpretação constitucional, por meio do precedente judicial, a servir de parâmetro normativo obrigatório para todos os outros órgãos jurisdicionais da estrutura do Poder Judiciário.<sup>396</sup> O precedente, nessa perspectiva, não se confunde com a decisão tomada para o caso concreto, conquanto seja parte essencial da sua justificação.

Essa abordagem do problema deixa assentado que a criação do precedente judicial pelo Supremo Tribunal Federal não tem o alcance e força normativa para retirar o ato questionado do ordenamento jurídico, que permanece existente e válido, apenas para condicionar a sua eficácia à interpretação jurisdicional estabelecida. Registre-se que a relação do precedente judicial é com o Poder Judiciário e não com o Poder Legislativo.<sup>397</sup> O processo de exclusão (ou mesmo revogação) do ato normativo em si não é de competência do Poder Judiciário, mas sim do Legislativo (art. 52, X, CRFB).<sup>398</sup>

A função do Poder Legislativo justifica-se em decorrência do seu papel como arquiteto da ordem jurídica primária de construção do direito positivo legislado. Função institucional que é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional concentrada, que aí sim tem como objeto a declaração de (in) constitucionalidade do ato legislativo.<sup>399</sup>

<sup>396</sup> A questão da função das Supremas Cortes como cortes de criação de precedente judicial, como forma de tutela dos valores da igualdade, estabilidade e segurança jurídica na estrutura do Poder Judiciário foi objeto de pesquisa anterior, ver PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>397</sup> A tarefa de criação dos precedentes judiciais pelo Supremo Tribunal Federal implica uma autêntica atividade de compartilhamento de autoridade, responsabilidades e poder entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no processo de criação do Direito, sendo que a cada um desses Poderes compete uma função distinta nesse processo decisório, a partir de estruturas, limites e objetos próprios. Por isso mesmo, o Legislativo pode revogar o precedente judicial. Essa superação do precedente judicial pelo Legislativo faz parte da relação institucional entre os Poderes, em um autêntico diálogo institucional. Todavia, esse processo de superação impõe ao Legislativo um ônus argumentativo e deliberativo que ele não tinha no primeiro momento do seu processo decisório de criação das espécies normativas.

<sup>398</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law Review**, vol. 58, n.º 5, 1970, p. 1041-1045; Nesse ponto, ver a observação BURIL, Lucas. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 372. Não se desconhece a proposta doutrinária, e que chegou ao âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no julgamento da reclamação constitucional 4.335, de conferir mutação constitucional ao art. 52, X, da Constituição Federal, em decorrência do novo desenho institucional assumido pelo controle de constitucionalidade difuso e incidental, com a adoção da técnica da repercussão geral e dos precedentes judiciais obrigatórios. Todavia, ainda se trata de uma discussão jurídica aberta tanto na literatura jurídica quanto no Supremo Tribunal Federal, em decorrência da vacilação jurisprudencial desse tribunal quanto à tese sustentada na referida reclamação. Sobre a questão, por todos, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional...**, p. 1129-1143.

<sup>399</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”. **Catholic Law Review**, vol. 35, p.1-32, 1985; FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. **NY.U Journal of Legislation & Public Policy**, vol. 6, n.º 1, p. 49-59, 2002; GRIMM, Dieter. Constitutional



Comprova o argumento exposto linhas acima, a técnica de superação do precedente constitucional (*overruling*). A revogação do precedente constitucional formado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de determinado caso jurídico pode implicar ressurgimento da força normativa de determinado ato jurídico reconhecido como inconstitucional ou constitucional. É o que a doutrina norte-americana designou como o fenômeno da *dead law*.<sup>400</sup>

Essa lógica auxilia na compreensão de que o exercício do controle difuso e incidental de inconstitucionalidade pelos tribunais estaduais, regionais e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio do processo de tomada de decisão majoritária, nos termos do art. 97, da Constituição Federal, não encerra um problema de incompatibilidade ou incoerência com a proposta da tese concernente à regra decisória supermajoritária para o Supremo Tribunal Federal na atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade, incidental e abstrato.

A decisão tomada em controle incidental e difuso pelos tribunais estaduais, regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça é restrita ao caso concreto, com a fixação de interpretação constitucional para o caso ou para a orientação do respectivo tribunal.<sup>401</sup> A função precípua da atividade jurisdicional desenvolvida por esses tribunais é de correção do caso concreto, de análise do mérito da causa e consequente valoração dos elementos de prova e questões de fato (com exceção do Superior Tribunal de Justiça que se classifica com Corte de criação de precedentes, embora seja competente para exercer o juízo de validade constitucional, de forma incidental). Nesse contexto, a regra de maioria apresenta-se compatível com o julgamento do mérito do caso concreto e a regra de maioria absoluta adequada para a decisão de declaração incidental de inconstitucionalidade<sup>402</sup> (embora um estudo analítico sobre as preferências,

---

adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. **NUJS Law Review**, vol. 4, issue 1, 2011, p. 15-29; GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. **Israel Law Review**, vol. 33, 1999, p. 193-215; HADFIELD, Brigid. The foundations of review, devolved power and delegated power. In: CHRISTOPHER, Forsyth (Ed.). **Judicial Review and the Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2000. 193-268; PASQUINO, Pasquale. A political theory of constitutional democracy. On legitimacy of constitutional courts in stable liberal democracies. **Straus Institute Working Paper**, n.º 4, 2013, Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP4Pasquino.pdf>.

<sup>400</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1062-1072; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 261-307-. Na literatura jurídica americana, ver EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 104-146; TREANOR, William Michael; SPERLING, Gene B. Prospective overruling and the revival of 'unconstitutional statutes', **Columbia Law Review**, vol. 93, n.º 8, p. 1902-1955.

<sup>401</sup> Sobre a matéria, MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23-35 e p. 81-130.

<sup>402</sup> O procedimento do julgamento da declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo nos tribunais no exercício do controle incidental de inconstitucionalidade está regulamentado nos arts. 948-950 do CPC. A regra de decisão de maioria absoluta está prevista no art. 97 da Constituição, que consagrou lídima cláusula de reserva de plenário e quórum de julgamento para todos os tribunais, enquanto órgãos judiciais coletivos.

propriedades e justificativas desse contexto decisório seja necessário para a comprovação desse argumento).

Por isso mesmo tem-se que ter bem esclarecida a distinção quanto à competência para a definição final da interpretação e produção da norma jurídica, pelo menos do ponto de vista processual (haja vista a possibilidade dos diálogos institucionais quanto à última palavra sobre a interpretação constitucional).<sup>403</sup> Essa competência, consistente na definição da interpretação jurídica e criação de precedentes, é da função institucional do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que prescreve o art. 102 da Constituição Federal.

Ou seja: a regra de maioria simples e absoluta, respectivamente, pode apresentar-se como uma resposta estrutural e processual adequada para os tribunais no exercício da atividade de resolução do caso concreto e no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, porque outros valores são tutelados nessa atividade jurisdicional. A interpretação, com efeito, é atividade inerente ao processo de aplicação do Direito, todavia, para esses tribunais as dimensões e efeitos dessa tarefa são restritos, porquanto não têm o alcance de vincular e servir de controle da interpretação. Por outro lado, ao Supremo Tribunal Federal, como afirmado, compete a atividade jurisdicional de criação do precedente judicial e o controle de validade constitucional dos atos normativos, funções institucionais que justificam diversa configuração para o seu mecanismo de tomada de decisão coletiva: a regra de supermaioria de dois terços.

Por fim, cabe esclarecer ainda o tratamento da regra de supermaioria prescrita no art. 27 da Lei 9.898/99, como limitação formal para a técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Esse tratamento jurídico não deve se confundir com o protocolo de votação sugerido nesta tese para as decisões de formação e superação dos precedentes judiciais. A regra de julgamento pode ser a mesma de maioria qualificada de dois terços, não obstante por razões e propriedades distintas.

Os argumentos que justificam a incidência do art. 27 da Lei n.º 9.898/99, de interesse social e segurança jurídica, na verdade, têm relação direta com a regulação da decisão constitutiva negativa em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No direito brasileiro ainda prevalece o entendimento jurídico de que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia declaratória e, portanto, afeta o plano de existência do ato legislativo, e não o plano de validade. Essa orientação jurídica é amplamente confirmada na jurisprudência constitucional

---

<sup>403</sup> Cf. FISCHER, Louis. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. New Jersey: Princeton University Press, 1988; GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.<sup>404</sup> Na literatura jurídica nacional, porém, ainda é incipiente a posição em favor da eficácia constitutiva negativa.<sup>405</sup>

Em outras palavras, a regra de maioria qualificada prevista no art. 27, conquanto seja o mecanismo de tomada de decisão adotado para a hipótese de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, não tem seu fundamento explicitado enquanto limite formal decisório. As razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social são exigências substantivas para a limitação dos efeitos e não para o quórum qualificado,<sup>406</sup> que não encontra razões na estrutura do texto.

A modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.898/99 é norma voltada para a decisão de inconstitucionalidade, que, à vista das graves consequências que pode acarretar para a realidade jurisdicional, jurídica e fática, pode sofrer limitações nos seus efeitos, como método de tutela de valores constitucionais concorrentes, como a nulidade da lei inconstitucional, a segurança jurídica das relações jurídicas sob a vigência e eficácia do ato legislativo ou normativo impugnado, e excepcional interesse, que na maioria das vezes se reveste de uma análise consequencialista dos efeitos da decisão.

A norma para a regulação das técnicas que envolvem o processo de formação e aplicação do precedente judicial, constitucional ou infraconstitucional está disciplinada no Código de Processo Civil. Nesse sentido, a técnica de superação do precedente judicial e consequente limitação temporal dos efeitos da decisão revogadora, construído no processo de interpretação e aplicação do controle jurisdicional de constitucionalidade, difuso ou concentrado, não

<sup>404</sup> A divergência jurisdicional quanto ao ponto ocorreu em meados da década de 1970, por iniciativa do Ministro Leitão Abreu no julgamento do RE 79343/BA, julgado pela Segunda Turma (DJ 02.9.1977). Todavia, esse entendimento jurídico não foi compartilhado pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal na formação da sua jurisprudência sobre essa questão, que não teve discussões em sua história recente. Essa decisão do Min. Leitão Abreu se qualifica como exceção.

<sup>405</sup> Nesse sentido, MIRANDA PONTES, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, p. 199; NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-85; FERRARI, Regina Maria Macêdo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2004, p. 146-177; BURIL, **Precedentes judiciais e o direito processual civil...**, p. 373-374; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Aspectos processuais da ADI (ação declaratória de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER, Fredie Jr (org.). **Ações constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 521-530. Ainda, v. a explicação teórica do problema por Kelsen, Hans. A jurisdição constitucional. In: Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 139-148; CAPPELLETTI, **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile...**, p. 37-48.

<sup>406</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 448-469; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei n.º 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 569-671. Ratificada essa abordagem, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 448-456. No mesmo sentido a abordagem realizada por ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle concentrado: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei 9.898/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

encontra fundamento no aludido art. 27, mas sim nas exigências e requisitos próprios dessa técnica, que se circunscrevem à tutela da confiança justificada dos jurisdicionados, como previsto no art. 927, CPC.<sup>407</sup>

No entanto, como afirmado acima, esse dispositivo legal do art. 927, §3º, do CPC não trouxe disciplina própria para a regra de julgamento do contexto de revogação dos precedentes judiciais.<sup>408</sup> Daí porque a doutrina é controversa quanto à interpretação da incidência do quórum qualificado para a hipótese de superação do precedente, na medida em que a regra do art. 27 da Lei 9.898/99 é voltada para a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, na ausência de regra expressa específica caberia a incidência da regra de maioria, como fundamento geral dos processos decisórios.<sup>409</sup>

Na linha da argumentação desenvolvida e defendida nesta tese, afirma-se que os fundamentos e propriedades da regra de decisão supermajoritária de dois terços se configuram

<sup>407</sup> Art. 927, §3º, CPC/2015: Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

<sup>408</sup> Igualmente como ocorreu com a situação da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato legislativo ou ato normativo, em que a literatura jurídica e, de uma forma geral, a jurisprudência sempre esteve preocupada com os motivos que justificavam essa restrição nos efeitos e eficácia da decisão, na questão da superação dos precedentes o tratamento normativo e doutrinário esteve voltado para as razões subjacentes a essas técnicas e às hipóteses em que poderia ocorrer, com o objetivo de se construir critérios objetivos mínimos para a atuação jurisdicional. Afinal a variação frívola do precedente por meio da técnica da superação, e mesmo pela técnica da distinção, implica insegurança e instabilidade decisória, fins opostos àqueles visados pelos precedentes. Ou seja: as razões dadas como justificação para a superação do precedente não se relacionam, mais uma vez, com a estrutura do procedimento decisório de superação, com a regra de julgamento.

<sup>409</sup> Como exemplo dessa controvérsia na doutrina, são citadas aqui duas posições teóricas contrapostas, que tratam especificamente da questão do quórum qualificado para a hipótese de superação do precedente. Lucas Buril defende a não aplicação subsidiária do art. 27 da Lei 9.898/99 para a situação de superação de precedentes, porquanto esta tem disciplina jurídica própria e nada acresceu à regra de julgamento. Eis seu argumento: “Repita-se, tanto em matéria constitucional como em qualquer outra, exigir o quórum qualificado de 2/3 é erro manifesto, que parte de uma assimilação indevida entre o regime jurídico da decisão de inconstitucionalidade e o do precedente judicial. Em síntese, o art. 27 da Lei 9.898 nada diz acerca da regulação da eficácia temporal dos precedentes judiciais, mas possibilita que a decretação de inconstitucionalidade seja temporalmente ajustada. Os precedentes judiciais, por sua vez, tanto no controle difuso como no concentrado, podem ter sua eficácia temporal ajustada mediante o emprego da técnica de superação prospectiva, em qualquer de suas variações, conforme o caso concreto e a partir de seu regime específico, ligado à segurança jurídica e à tutela da confiança legítima.” **Precedentes judiciais e o direito processual civil...**, p. 378. Por outro lado, Thomas Bustamante argumenta que por questão de simetria formal e coerência no sistema deve-se aplicar o quórum qualificado: “Ademais, deve ser introduzida uma limitação formal ou processual para racionalizar a aplicação do *prospective overruling*, sob pena de surgimento de uma incoerência. Com efeito, o art. 27 da Lei 9.898/1999 exige maioria de dois terços (dos membros do Tribunal) para a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade da lei. Não faz sentido que esse requisito não se aplique também às hipóteses de modificação da jurisprudência do tribunal”. Quanto ao ponto, importante ressaltar que a afirmação do Bustamante foi em contexto anterior ao CPC/2015. **Teoria do precedente judicial...**, p. 456. Daniel Mitidiero, quando do tratamento da teoria e prática do precedente na realidade jurisdicional e realidade normativa brasileira, coloca a questão da técnica da superação do precedente judicial de forma precisa, ao afirmar que essa operação envolve quatro questões específicas a serem respondidas, quais sejam: como um precedente pode ser alterado; quando pode ocorrer essa superação; quem tem competência institucional para a tarefa; quais os efeitos no sistema jurisdicional. Compartilha-se essa premissa no estudo dos precedentes, mas entende-se que ao lado delas se deve agregar no quesito *como* as limitações formais decisórias necessárias, configuradas na regra de julgamento qualificada. **Precedentes...**, p. 102-122.

no contexto da superação do precedente judicial.<sup>410</sup> Isso porque, como demonstrado no terceiro capítulo, a técnica da superação do precedente trabalha com duas preferências: a estabilidade decisória e a manutenção do *status quo*. Ademais exige uma deliberação mais qualificada por envolver processo decisório de criação de norma jurídica, por meio da atividade de interpretação e reconstrução do texto legal objeto da disputa jurisdicional.

Na verdade, entende-se que o mecanismo de tomada de decisão coletiva de maioria qualificada no contexto jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional como atividade principal, deve ser a referência. De modo que deve incidir nas situações de omissões sobre a regra de julgamento, salvo razões que justifiquem uma regra majoritária simples ou absoluta.

Em princípio, portanto, ficariam de fora os processos decisórios decorrentes da competência residual desse Tribunal na sua versão constitucional, que são aqueles concernentes à competência originária, criminal ou cível, que encerram atividade de instrução probatória, valoração de questões de fatos e resolução de caso concreto, e não atividade precípua de definição de norma jurídica ou controle de constitucionalidade.<sup>411</sup> Também se excepcionariam os processos decisórios de competência das turmas do Tribunal, pelos motivos já expostos.

#### 5.4 ANÁLISE DAS DECISÕES E A INSUFICIÊNCIA DO QUADRO NORMATIVO DECISÓRIO JURISDICIONAL

Neste tópico, o objetivo consiste na análise argumentativa de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal por maioria estreita, com a diferença de um voto (seja maioria absoluta de seis a cinco, seja maioria ordinária de cinco a quatro, como no contexto da repercussão geral), bem como seus efeitos na ordem constitucional. Tais efeitos assumem duas dimensões: uma interna, voltada para a estrutura e organização do Poder Judiciário, derivada da força obrigatória do precedente resultado da decisão; outra externa, voltada para os demais atores institucionais e políticos. Essa análise exemplificativa das decisões justifica-se no contexto da pesquisa aqui empreendida como verificação da validade da proposta de regra decisória qualificada defendida nesta tese, ainda que seja por amostragem a pretensão do resultado buscado e sem o rigor científico de uma pesquisa de cunho empírico.

---

<sup>410</sup> Por todos, ver KOZEL, Randy J. Stare Decisis in the Second-Best World. **California Law Review**, vol. 5, 2015, p. 1.139-1.192.

<sup>411</sup> A competência residual, no sentido de que não faz parte do exercício de uma corte constitucional, está enumerada no art. 102 da Constituição Federal.

#### 5.4.1 Decisões tomadas por maioria estreita: um aceno para a fragilidade decisória

A questão da terceirização e os limites da responsabilidade da administração pública pelos encargos trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa terceirizada, reconhecida como repercussão geral no recurso extraordinário 760.931, foi analisada e discutida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. A maioria de seis ministros deu parcial provimento ao recurso, a partir da interpretação de que o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 é compatível com a ordem constitucional (não viola a tutela dos direitos trabalhistas), quando exonera o poder público da responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas em hipótese de inadimplência da empresa prestadora de serviços. A condenação do poder público nessa situação apenas ocorrerá quando comprovada de forma inequívoca sua conduta omissa ou comissiva na fiscalização dos contratos de trabalho.

Para além da questão de mérito debatida no julgamento do recurso extraordinário n.º 760.931, com repercussão geral, o ponto que nos interessa se refere ao processo decisório. O recurso extraordinário foi conhecido em parte e, nessa parte conhecida, negou-se-lhe provimento. O voto da Ministra Rosa Weber, relatora do caso, foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. O Ministro Luiz Fux conheceu em parte e deu provimento ao recurso.

Depois da tomada de votos de todos os integrantes na sessão, o Ministro Dias Toffoli, presidente interino, em decorrência da ausência da Ministra Cármen Lúcia, quando da proclamação do resultado do julgamento, chegou à conclusão de que não havia quórum suficiente de maioria absoluta, fato jurídico que impedia a finalização do julgamento naquela sessão. Daí porque sugeriu proclamar o resultado provisório formado até então. O Ministro Marco Aurélio, na oportunidade, ponderou que o caso não tratava de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, de modo que o requisito da maioria absoluta era prescindível. Em intervenção, o Ministro Gilmar Mendes afirmou a necessidade da maioria absoluta como regra de decisão, porque o caso veiculava hipótese de repercussão geral, julgamento que possui natureza vinculante para os casos sucessivos. Ademais pontuou que o Tribunal não tinha decisões de repercussão geral fixadas com maioria ordinária de cinco votos.

Em face da discussão, o Ministro Toffoli propôs, à vista da importância que a questão jurídica assumia na ordem econômica e jurídica, que o julgamento fosse finalizado com o Tribunal o mais completo possível, a fim de se evitar fragilidade na autoridade da decisão. O Ministro Marco Aurélio lembrou, mais uma vez, que a exigência de maioria absoluta se



restringia às questões de declaração de inconstitucionalidade, o que não era o caso do recurso. O Ministro Gilmar Mendes reafirmou não ser possível a tomada de uma decisão com caráter de vinculação, como na repercussão geral, por uma votação de cinco a quatro. Mais especificamente, esclareceu que o caso concreto poderia ser decidido por essa votação, mas não a fixação da tese jurídica em sede de repercussão geral. Nessa linha, explicou que a repercussão geral tem efeitos mais amplos que aqueles previstos em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, motivo que exige maior cautela quanto à regra de decisão.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, ponderou que a votação por cinco a quatro implica os mesmos efeitos que a regra de maioria de seis a cinco, tal como exigida para a composição de maioria absoluta. O Ministro Gilmar Mendes, em resposta, refutou o argumento asseverando que não se tratava de votações equivalentes, porquanto o resultado de cinco a quatro acarreta situação de fragilidade decisória, na medida em que pode ser alterado em sessão seguinte, com o quadro de julgadores do tribunal completo, fato evidente no caso em julgamento, haja vista a ausência de dois ministros naquela sessão (a Ministra Carmen Lúcia e a vacância da cadeira do Min. Teori Zavascki).

O Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que o julgamento reflete a realidade da Corte e, naquele momento, a realidade era a composição do plenário com dez membros, de modo que a maioria absoluta deveria ser de cinco votos, a partir da atual configuração, e não de seis votos. O Ministro Marco Aurélio sugeriu, então, que a Presidente acionasse o Regimento Interno e aplicasse o voto de minerva na resolução do processo em pauta. Contudo, a Ministra Presidente Cármen Lúcia entendeu ser mais prudente esperar o novo ministro, considerando que se tratava de um caso de repercussão geral cuja matéria era muito delicada e, portanto, exigia uma regra decisória mais “forte”, como a regra majoritária de seis votos.<sup>412</sup>

Na retomada do julgamento, já com a composição integral do tribunal, e preenchida a cadeira vazia pelo Ministro Alexandre de Moraes, o resultado provisório do julgamento, formado com a votação de cinco a quatro, foi alterado por uma votação de seis a cinco para uma resolução jurídica em sentido contrário.

Da análise técnica do julgamento fica evidente a fragilidade da maioria estreita como regra de decisão (configurada na maioria absoluta de seis votos), em decorrência da possibilidade real de manipulação ou captura da decisão pela indicação de ministros pelo Poder

---

<sup>412</sup> A Ministra Cármen Lúcia voltou a integrar a composição da Corte naquela sessão.



Executivo e a maioria política dominante no Congresso Nacional como forma de controle,<sup>413</sup> quando vaga alguma cadeira, como sucedido no caso.

A questão da responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada é matéria cara à União e compartilhada pelo novo governo em chefia no Poder Executivo, de modo que a indicação ao cargo de novo ministro atendeu a um perfil técnico mais conservador para tais matérias, dentre outras que estavam na pauta de julgamento, fato que influenciou a formação do placar final.

No julgamento dos recursos extraordinários 377457 e 381964, com repercussão geral reconhecida, em setembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legitimidade constitucional da cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) das sociedades profissionais, regulamentada pelo artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/1991. A principal controvérsia jurídica residia na questão da manutenção ou não da isenção de recolhimento da COFINS sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, uma vez que lei ordinária posterior houvera revogado a isenção instituída por lei complementar.<sup>414</sup> Na ocasião desse julgamento, o plenário do STF rejeitou o pedido de modulação de efeitos da decisão, vencidos cinco ministros quanto ao ponto.

Contra essa decisão, o Conselho Federal da Ordem do Brasil, na condição de assistente, e a parte autora interpuseram embargos de declaração com fundamento na contradição e incoerência do julgado, quando da resolução do pedido de modulação de efeitos. Argumentou-se que o motivo para a rejeição do pedido no sentido da exigência do quórum qualificado de dois terços, prescrito no art. 27 da Lei 9.898/1999 não tinha pertinência para o caso, que tratava de hipótese de superação de precedente e não de declaração de inconstitucionalidade. O problema subjacente à discussão da regra de julgamento adequada à situação surgiu porque, na oportunidade do julgamento dos aludidos recursos extraordinários, cinco ministros integraram

---

<sup>413</sup> Aqui vale a advertência, já afirmada nessa pesquisa, quanto à necessidade de se repensar a própria maioria absoluta como regra de decisão para a escolha de ministros para a composição de tribunais constitucionais.

<sup>414</sup> O acórdão proferido no julgamento dos recursos extraordinários, que traz o resumo dos argumentos jurídicos deliberados e resolvidos ficou assim ementado: “Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.” RE 377457, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008.

a opinião divergente para a rejeição do pedido de modulação de efeitos e outros cinco formaram a opinião favorável à modulação, dando empate na votação.<sup>415</sup>

O objeto da pretensão recursal nos embargos de declaração, portanto, circunscreveu-se à questão da incidência do art. 27 da Lei 9.898/99, concernente ao quórum qualificado; ao contexto da modulação dos efeitos da superação de precedente, uma vez que a legislação apontada regulamenta especificamente a declaração de inconstitucionalidade, e à legislação processual inexistente qualquer previsão de regra decisória para a revogação de precedente judicial. O Plenário do STF, por maioria, rejeitou o recurso com fundamento na ausência de hipótese de cabimento dos próprios embargos de declaração, ou seja, ausência de contradição, omissão e obscuridade na decisão dos extraordinários.<sup>416</sup>

Cumprir registrar as discussões ocorridas sobre a questão subjacente da regra de decisão majoritária, por ser importante para a construção do nosso argumento. A Ministra Rosa Weber, relatora dos embargos, votou no sentido do seu acolhimento, partindo da premissa de que a questão da regra de julgamento do procedimento não tinha sido resolvida no recurso extraordinário. Nesse sentido, entendeu que quando não for o caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em processo subjetivo ou objetivo, não incide como regra de julgamento o artigo 27 da Lei 9.868/1999, especificamente quanto à exigência de maioria qualificada de dois terços do Tribunal para a modulação dos efeitos da decisão judicial que supera precedente judicial. Concluiu que a regra de decisão a ser aplicada seria a de maioria absoluta, pela ausência de regra expressa em sentido contrário, conforme se depreendia da leitura do próprio art. 927 do CPC/2015, que, mesmo com a disciplina da matéria

---

<sup>415</sup> Decisão de julgamento proferida no dia 17.9.2008: “O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Não participou da votação o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que proferira voto anteriormente. Em seguida, o Tribunal, tendo em vista o disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, rejeitou pedido de modulação de efeitos, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. Prosseguindo, o Tribunal rejeitou questão de ordem que determinava a baixa do processo ao Superior Tribunal de Justiça, pela eventual falta da prestação jurisdicional, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a suscitou, e o Senhor Ministro Eros Grau. Por fim, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), acolheu questão de ordem suscitada por Sua Excelência, para permitir a aplicação do artigo 543-B do Código de Processo Civil, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não participou da votação nas questões de ordem o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, por ter-se ausentado momentaneamente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 17.09.2008.” RE 377457, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008.

<sup>416</sup> Ementa do acórdão: “Embargos de declaração. Alegação de omissão/contradição no acórdão recorrido. Pretensa inaplicabilidade, ao caso, do art. 27 da lei 9.868/99. Ausência, porém, de qualquer *error in procedendo*. Rejeição dos embargos. 1. Ao decidir aplicar a norma do art. 27 da Lei 9.868/99, com o consequente desacolhimento da proposta de modulação de efeitos suscitada no julgamento, o acórdão recorrido enfrentou a questão de direito, não havendo, portanto, qualquer omissão ou contradição. 2. Ausentes as hipóteses de cabimento invocadas nos embargos de declaração, devem estes ser rejeitados.” RE 377457 ED, rel. Min. Rosa Weber, rel. para acórdão, Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016.

sobre a modulação de efeitos na superação de precedentes, nada definiu sobre regra de julgamento.

O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, iniciou divergência alegando que a decisão tomada em 2008 em sede de recurso extraordinário foi coerente e coesa, não apresentando qualquer vício formal de julgamento apto a justificar os declaratórios. Desse modo, julgou pela rejeição dos embargos, esclarecendo que a questão do quórum qualificado de dois terços para a situação de superação de precedentes é um problema jurídico aberto no sistema, mas que, no entanto, não incidia no caso. Ou seja, o mérito da decisão no sentido de aplicar o art. 27 da Lei 9.898/99, exigindo a regra de dois terços para a modulação pode ser controverso, mas dela não se pode mais deliberar, tampouco em sede de embargos de declaração. A maioria acompanhou a divergência.<sup>417</sup>

Em resumo: o Tribunal decidiu pela aplicação do art. 27 da Lei 9.898/99 para a modulação dos efeitos da decisão que revoga precedente (ou jurisprudência, tal como constou dos debates), inclusive no tocante ao quórum qualificado, mas essa matéria ficou decidida sem deliberação específica sobre o problema da regra de julgamento no âmbito do recurso extraordinário.<sup>418</sup> Comprova esse argumento, a observação feita pelo Ministro Teori Zavascki

---

<sup>417</sup> Decisão: “Retirado de mesa ante a aposentadoria da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora). Ausente o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 10.08.2011. Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que os acolhiam. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016”. RE 377457 ED, rel. Min. Rosa Weber, rel. para acórdão, Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016.

<sup>418</sup> Note-se que a questão aqui não se confunde com aquela decidida em questão de ordem na repercussão geral do RE 586.453/SE, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Neste caso, o STF, na resolução da questão de ordem no sentido da exigência do quórum de dois terços, previsto no art. 27 da Lei 9.898/99, para a hipótese de modulação, limitação dos efeitos da decisão com repercussão geral, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade da interpretação que atribuía à Justiça do Trabalho a competência para apreciar questões sobre a aposentadoria complementar privada, firmou entendimento afirmativo quanto ao requisito do quórum qualificado de dois terços para a modulação dos efeitos de decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral. Cumpre assinalar que a Ministra Rosa Weber, relatora dos embargos de declaração, consignou expressamente no seu voto a distinção que o caso dos embargos apresentava em face do RE 586.453. Eis seus argumentos: “Ao examinar mais detidamente a questão, e é nesse ponto que as premissas desse caso se distinguem daquelas presentes no **RE 586.453/SE**, tenho que o **fator determinante** para a incidência da regra de julgamento que prevê o quórum de dois terços para a **modulação de efeitos** não é o caráter subjetivo ou objetivo do processo em que esta Suprema Corte lance mão do instituto, e sim o fato de o **conteúdo** da decisão contemplar **eficácia declaratória de inconstitucionalidade**.” (grifos do original). Fica clara, portanto, a percepção do Tribunal quanto ao problema da exigência do quórum para a técnica da superação do precedente, sem qualquer relação com conteúdo de decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Problema, como afirmado no texto, aberto no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Lembre-se que no julgamento do RE 723651 (em que se decidiu sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na importação de bens para uso próprio), relator o Ministro Marco Aurélio (julgamento em 04.02.2016), conquanto a questão da modulação e a respectiva regra de julgamento tenham sido arguidas no caso, que versava hipótese de revogação de precedente (tese proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso), ela foi rejeitada. No ponto, importante a pergunta lançada pelo Ministro Celso de Mello quanto ao quórum de dois terços, que afirmou ser inexigível tal quórum quando: “a modulação ocorra fora das situações que envolvam declaração de inconstitucionalidade, bastando, para esse efeito, maioria absoluta”. Ou seja, aqui claramente o Ministro Celso

no sentido de que poderia ter havido erro de julgamento, mas por não haver hipótese de cabimento dos embargos de declaração, questão da aplicação da modulação dos efeitos não poderia nem sequer ser analisado. Ponderação que foi acompanhada pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirmou a necessidade de se discutir sobre o assunto futuramente.<sup>419</sup>

Nesse cenário argumentativo do caso, ficou em aberto, sem resposta jurisdicional, o problema da regra de julgamento para a modulação dos efeitos de decisão que supera precedente judicial.<sup>420</sup>

A ADI 4.983, cujo objeto foi a constitucionalidade da Lei nº 15.299/2013 do estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado, foi julgada procedente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal por maioria absoluta de seis a cinco. Na decisão majoritária se definiu a interpretação jurídica, a partir do art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal, no sentido de que o dever de proteção ao meio ambiente, incluída aí a proteção dos animais contra práticas de crueldade, deve-se sobrepor aos valores culturais de uma comunidade, expressados em atividades desportivas, tal como disciplinava o ato legislativo impugnado.

O efeito negativo dessa decisão se configurou na fragilidade da autoridade institucional da Corte, representada especificamente na expressão de uma opinião dividida quanto à interpretação jurídica e, por conseguinte, insuficiente para transmitir aceitabilidade para a parte da sociedade que discordava do julgamento, ainda mais em matéria controvertida no apelo cultural e econômico. Insatisfação social, por falta de aceitabilidade, que teve apoio da política majoritária do governo necessária para provocar um imediato *backlash*.<sup>421</sup>

---

de Mello fez a distinção entre as duas questões presentes no tema da modulação de efeitos, uma de natureza material, consistente às razões justificadoras de segurança jurídica e excepcional interesse público, e a outra de natureza formal quanto ao quórum. Abordagem que no momento foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barros e Gilmar Mendes. Todavia, toda essa discussão foi em sede de questão de ordem e ficou vencida, podendo ser classificada como *obiter dictum* daquela decisão.

<sup>419</sup> A pergunta posta para o enfrentamento dos embargos de declaração: o quórum de maioria qualificada de dois terços, previsto no art. 27 da Lei 9.898/99 (que regulamenta o processo das ações de controle concentrado), se aplica nas hipóteses em que não há declaração de inconstitucionalidade, seja em ação direta de inconstitucionalidade seja em processo julgado sob o regime da repercussão geral? Para a alteração da jurisprudência ou do precedente judicial faz-se necessário maioria qualificada? O fundamento normativo está no referido art. 27? Todavia, a matéria ficou sem resposta jurisdicional. Sobre o argumento das diferentes razões para a tutela da segurança jurídica, por meio da modulação dos efeitos da decisão nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade e de revogação de precedente judicial, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional...* op., cit., p. 1062-1072.

<sup>420</sup> Observou também esse problema, PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 305-310.

<sup>421</sup> Sobre o *backlash*, ver, POST, Robert C; SIEGEL, Rieva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, p. 373-433; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático*: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

Ou seja, a decisão tomada em outubro de 2016 foi *revogada* por uma emenda à Constituição aprovada pelo Congresso Nacional (EC 96), em junho de 2017, que modificou o conteúdo do art. 225 da Constituição Federal, ao acrescentar o §7º, que traz disciplina jurídica oposta à mencionada decisão de inconstitucionalidade.<sup>422</sup>

Note-se que se compartilha o argumento dos benefícios que o *backlash* pode trazer para o sistema, ao promover o diálogo entre as instituições quanto à interpretação constitucional dos problemas jurídicos, fato que aprimora a melhor resposta. E claro que esse *backlash* pode ocorrer também de decisões unâнимes ou supermajoritárias. Todavia, entende-se ser indesejável o “desrespeito” à autoridade da decisão pelo argumento de “votação dividida”, que enfraquece a autoridade institucional. Ademais, a pluralidade da interpretação constitucional deve ocorrer no máximo pelo procedimento de acesso à Corte, na fase postulatória, ou pelos mecanismos de intervenção, na fase decisória, como audiências públicas, ou *amicus curiae*. E o Supremo Tribunal Federal tem que ser o mais institucional, como expressão de sua autoridade, com o propósito de contribuir na consolidação da cultura constitucional e institucional, e não para sua vulnerabilidade.

A jurisdição constitucional é antes de tudo um patrimônio solidamente adquirido e construído, não somente na prática da Constituição como também na consciência coletiva da sociedade civil e para tanto a confiança na sua atuação faz-se imprescindível.<sup>423</sup> A criação do consenso mais amplo sobre a solução jurídica é dever de uma Suprema Corte. Assim, sempre que possível, deve a Corte trabalhar no processo deliberativo para conseguir o melhor desempenho deliberativo.<sup>424</sup> Essa tarefa não é somente conforme à natureza da corte

<sup>422</sup> Art. 225, §7º, Constituição Federal: “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.” Note-se que em julho de 2017, nova ADI foi ajuizada para questionar a validade constitucional dessa emenda, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal a deliberação sobre a interpretação da questão, que ainda enfrentará o tema. Esse caso é um típico exemplo de diálogos institucionais sobre a interpretação constitucional.

<sup>423</sup> Cf. PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009, p. 55-57; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principi e voti**: la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. **NUJS Law Review**, vol. 4, issue 1, 2011, p. 15-29; GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. **Israel Law Review**, vol. 33, 1999. p. 193-215.

<sup>424</sup> Cf. MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014; MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. P. 337-361; MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74.

constitucional, enquanto instituição justificada pela sua natureza procedimental deliberativa,<sup>425</sup> mas também conforme a ideia da Constituição e seu compromisso com o supermajoritarismo.

No julgamento do Mandado de Segurança 21.689, referente ao *impeachment* do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário, decidiu, por maioria estreita de seis a cinco, não ser possível a aplicação individualizada da pena de perda de cargo, sem sua conjugação com a pena de inabilitação para o exercício da função pública por oito anos, na medida em que esta não tem caráter de acessoriedade, como se inferia do sistema anterior sob a vigência das Leis 37 e 30 de 1892.

A controvérsia jurídica, quanto ao ponto, consistiu basicamente na leitura constitucional adequada do texto legal do parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal, que prescreve “(...), limitando-se a condenação, (...), à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. A Corte entendeu que o processo de *impeachment* não poderia ser paralisado, ante a renúncia ao cargo pelo ex-presidente, porque a pena de inabilitação não tinha natureza acessória.<sup>426</sup> Todavia, o fato da interpretação jurídica construída pelo Supremo Tribunal Federal ter sido resolvida por uma maioria estreita acarretou dois efeitos negativos no sistema jurisdicional.<sup>427</sup>

O primeiro efeito negativo consiste na ausência de força institucional para os demais atores institucionais e políticos do sistema, porquanto no processo levado a cabo no Senado Federal, órgão competente para o processamento de *impeachment*, em razão da sua natureza política, ao resolver sobre a possibilidade de votação em separado das penas de perda de

<sup>425</sup> Cf. FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Amsterdã: Springer, 2003.

<sup>426</sup> “(...) A existência, no “impeachment” brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, par. único; Lei n.º 1.079, de 1950, artigos 2., 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. VI. - A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de “impeachment (...)”. MS 21689, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993.

<sup>427</sup> As anotações da sessão de julgamento esclarecem o procedimento de votação adotado naquela oportunidade: “No mérito, indeferiram o pedido de mandado de segurança os Ministros Relator, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard e Néri da Silveira, e o deferiram os Ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Moreira Alves e o Presidente (Min. Octavio Gallotti). Em seguida, examinando questão de ordem suscitada pelos litisconsortes passivos, relativa à aplicação do art. 97 da Constituição Federal, o Tribunal, por maioria de votos, a rejeitou, vencido o Ministro Paulo Brossard que a acolhia. Em consequência, rejeitada, pelo Presidente, a proposta de aplicação, ao caso, do item II do parágrafo único do art. 205 do Regimento Interno, foi o julgamento adiado, para a convocação de três (03) Ministros do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Declararam impedimento o Ministro Sydney Sanches e suspeição os Ministros Francisco Rezek e Marco Aurélio. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Cláudio Lacombe; pelo impetrado, o Dr. Saulo Ramos; pelos litisconsortes passivos, o Dr. Evandro Lins e Silva; e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, Procurador-Geral da República. Plenário. 06.12.93”. MS 21689, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993.



mandato e perda de direito políticos, decidiu no sentido afirmativo e, por conseguinte, de forma contrária ao julgamento precedente do Supremo Tribunal Federal.

O segundo efeito negativo, corrobora o primeiro, ao evidenciar que a interpretação jurídica definida no MS 21.689 não teve força e autoridade suficientes para adquirir a qualidade de precedente judicial horizontal, ou seja, vinculante para o próprio tribunal.<sup>428</sup> Isso porque, em casos recentes (como os MS 34378, 34379, 34384, 34385, 34386 e 34394), decorrentes daquele segundo processo de *impeachment* na democracia brasileira, o STF, acionado para resolver sobre a mesma questão, não decidiu a liminar por ausência de plausibilidade do Direito, confirmando, por ora, a decisão do Senado Federal que desqualificou a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A execução da pena após condenação em segunda instância, ao lado do alcance interpretativo do texto legal do art. 283 do Código de Processo Penal em face do parâmetro normativo do princípio da presunção de inocência, inferido do art. 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal, foi controvérsia jurídica decidida pelo STF, no julgamento de medida cautelar nas ADCs 43 e 44.<sup>429</sup>

A maioria absoluta de seis votos da Corte resolveu pelo indeferimento da medida, ao entender que a interpretação constitucional do artigo 283 do CPP, conforme ao art. 5º, LVII e LXI, da Constituição, não veda o início do cumprimento da pena, quando esgotadas as instâncias ordinárias. Nessa linha, firmou-se precedente do plenário do tribunal sobre a questão controversa, assegurando a vigência do texto legal do referido artigo conforme a interpretação definida.

Por se tratar de ação declaratória de constitucionalidade, o que estava em jogo era o alcance interpretativo do art. 286 do CPP em face da norma constitucional da presunção de inocência, na medida em que diversos tribunais do país estavam adotando resoluções jurídicas distintas para o mesmo problema.

A dificuldade e efeitos negativos do caso derivam da regra de julgamento por maioria estreita de seis votos a cinco, e não do conteúdo da decisão, para indeferir a medida cautelar. Isso porque, não obstante o propósito da decisão em definir uma resposta jurisdicional sobre a

<sup>428</sup> Sobre precedente horizontal, ver WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach*. NYU School of Law, Public Law Research Paper n.º 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012; SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, n.º 3, 1987, p. 571-606.

<sup>429</sup> Registre-se a orientação jurídica no sentido da legitimidade constitucional da execução provisória da pena foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da decisão proferida no HC 126.292/SP e confirmada pelo Plenário desta Corte Suprema em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 964.246-RG/SP. Esta última decisão, à semelhança da medida cautelar deferida nas ADC's 43 e 44, foi por maioria absoluta de seis a cinco.



interpretação do artigo em discussão, a regra de decisão majoritária provocou efeitos negativos internos na ordem jurídica, por sua debilidade estrutural.

Atestam essa afirmação as decisões tomadas pouco tempo depois no sentido de negar autoridade ao precedente judicial formado. Essa negativa de autoridade não decorreu apenas de órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, mas sim dos próprios decisores daquele julgamento, que externaram manifestações pessoais em defesa da revogação do precedente, com fundamento no argumento da sua fragilidade institucional, porque a votação tinha resultado dividida.<sup>430</sup> A alteração de precedente em um curto espaço de tempo, com menos de um ano de sua formação, traz sérios riscos para a estabilidade decisória da ordem jurídica, gerando um estado crítico de insegurança jurídica com essas variabilidades ocasionais de entendimento. Além de deixar aberturas sensíveis para a manipulação por fatores externos ao jurídico nos resultados dos julgamentos.

A legitimidade constitucional da “Lei da Ficha Limpa” (Lei complementar 135/2010) foi discutida no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578. Referido ato normativo instituiu outras hipóteses de inelegibilidade voltadas à tutela da moralidade e probidade no exercício do mandato eletivo, conforme o que prescreve o art. 14, §9º, da Constituição Federal. O STF, por maioria estreita de votos (6x5) entendeu ser constitucional a legislação, com a ressalva da sua não incidência nas eleições do ano de 2010 e aos mandatos em curso.

O impacto negativo dessa decisão foi sua instabilidade no sistema da Justiça Eleitoral e, por conseguinte, no próprio sistema eleitoral, tanto que a questão da inelegibilidade, em particular o tema da aplicação do prazo de oito anos àqueles que foram condenados pela Justiça Eleitoral por abuso do poder econômico ou político anteriormente à edição da Lei Complementar 135/2010 voltou a ser discutida, recentemente, no julgamento do recurso extraordinário 929670, com repercussão geral reconhecida. Decisão que igualmente foi tomada por uma maioria estreita de seis a cinco no sentido da validade da aplicação do referido prazo para as condenações pela Justiça Eleitoral, em momento anterior à edição da referida Lei da Ficha Limpa.

O recurso extraordinário 574.706, com repercussão geral reconhecida, versou sobre a questão da constitucionalidade do imposto do ICMS na base de cálculo das contribuições de

---

<sup>430</sup> Nesse sentido, exemplificativas são as posturas dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, veiculadas amplamente na imprensa. Ainda, as seguintes decisões monocráticas proferidas por Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, em divergência ao precedente formado em medida cautelar de ADC e de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida: HC 136644, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2017; HC 148291, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2017; HC 142358 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 04/04/2017; HC 138337 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 16/11/2016.

PIS e COFINS, problema jurídico classificado como um dos maiores em termos de impacto financeiro para o poder público, por envolver arrecadação de bilhões de reais para os cofres da União. Foi decidido em plenário do Supremo Tribunal Federal, pela regra da maioria absoluta de seis, no sentido da inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo para a incidência do PIS e COFINS.<sup>431</sup>

Igualmente, no julgamento do recurso extraordinário 846.854, com repercussão geral reconhecida, o processo de tomada de decisão foi por maioria estreita de seis votos contra cinco divergências. O caso concreto teve por objeto a discussão da interpretação constitucional sobre a competência material para o processamento e julgamento de disputas judiciais envolvendo demandas de direito de greve de guarda-municipal. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, liderado pela divergência feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixando o entendimento de que não compete à Justiça do Trabalho julgar a abusividade de greve de guarda-municipais, porque, não obstante tenham estes servidores públicos contrato celetista com a administração pública, o trabalho desempenhado, por lidar com questão de segurança pública, excepciona-os da regra.

Por fim, cumpre sublinhar a questão decisória que envolveu o julgamento da ADI 4.066, na qual foi discutida a constitucionalidade do art. 2º, caput e parágrafo único, da lei 9.055/1955, a respeito da extração, industrialização, comercialização e transporte de amianto e de produtos que o contenham. Depois das deliberações e tomada de votos, verificou-se a formação de uma decisão com cinco votos a favor da procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto, da forma como determina o referido dispositivo, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição Federal, e quatro votos pela improcedência da ADI.

Não atingido, portanto, o quórum de maioria absoluta de seis votos exigido pelo art. 97 da Constituição Federal para a pronúncia de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1955, restou o julgamento destituído de eficácia vinculante.<sup>432</sup> Na sessão de julgamento, houve

---

<sup>431</sup> Acórdão do RE 574.706: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora, proferido na Sessão de 9 de março de 2017. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Falaram, pela Recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e o Dr. Fábio Martins de Andrade; pela Recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.” RE 574706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017.

<sup>432</sup> O resultado do julgamento foi proclamado nos seguintes termos: “O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) pela procedência da ação, e quatro votos (dos Ministros Alexandre

discussões sobre o ocorrido, porquanto, embora uma maioria tenha sido formada de cinco a quatro, não foi suficiente para a regra de pronúncia de inconstitucionalidade. Ou seja, não houve seis votos nem pela constitucionalidade do ato normativo impugnado nem pela sua inconstitucionalidade.

As propostas para a resolução do impasse, de não alcance do quórum de maioria absoluta, foram duas: a primeira, no sentido da improcedência da ação, de modo a garantir a validade constitucional do ato normativo questionado; a segunda, no sentido da procedência da ação, porque uma maioria do Tribunal se pronunciou nesse sentido afirmativo, todavia, sem os efeitos vinculantes.

Quanto à segunda proposta, o Ministro Alexandre de Moraes refutou-a alegando que o objeto da ação direta é a pronúncia de inconstitucionalidade, de modo que não tendo maioria para tanto é inviável sua procedência. Contra os argumentos levantados pelo Ministro Alexandre de Moraes, a Ministra Cármen Lúcia entendeu pela validade da segunda proposta, como restou certificado no resultado. O argumento apresentado para justificar esse resultado de procedência destituído de eficácia vinculante teve por fundamento a “opinião majoritária” da Corte, ainda que relativa. Entendimento contrário implicaria a prevalência da “opinião minoritária”.

Esse caso revela quadro de incompreensão dos mecanismos de tomada de decisão coletiva no contexto jurisdicional e suas respectivas justificativas. Isso porque na ocasião a resposta que se entende como correta e adequada seria justamente no sentido do contra-argumento arguido pelo Ministro Alexandre de Moraes. A ação deveria ser julgada improcedente e a validade constitucional do ato impugnado assegurada, em decorrência da presunção que milita a seu favor e que não foi desconstituída.

Dessas decisões, evidencia-se a tendência do Supremo Tribunal Federal em decidir as questões de constitucionalidade por uma maioria estreita, que é válida e constitui-se regra de julgamento prescrita como adequada para tais hipóteses, como visto neste capítulo. Contudo, esse quadro normativo jurisdicional, como amplamente refletido e argumentado nessa pesquisa,

---

de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, por não se ter atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante.” Cabe esclarecer que esse impasse quanto ao resultado do julgamento o adequado manejo da regra decisória ocorreu no caso da ADI 4.167, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Eis como ficou assentado o resultado o julgamento: “Decisão: Colhido o voto do Presidente, Ministro Cezar Peluso, que julgou procedente a ação relativamente ao § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia erga omnes e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 27.04.2011.” Fato que comprova nossa afirmação e revela o problema aberto em nossa jurisdição constitucional.

revela fragilidades no processo decisório,<sup>433</sup> com potenciais consequências inconvenientes, e mesmo indesejáveis, para a ordem constitucional e para a legitimidade da jurisdição constitucional.

#### 5.4.2 Decisões tomadas por maioria qualificada ou por unanimidade

A questão da validade da lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005), em particular quanto à matéria da regulamentação das pesquisas com células-tronco embrionárias e ao desenvolvimento das pesquisas científicas médicas, também foi objeto de deliberação e decisão por parte do Supremo Tribunal Federal. A ADI 3510 foi julgada improcedente por maioria de votos de seis ministros em maio de 2008, oportunidade na qual esse tribunal resolveu que as pesquisas com células-troncos embrionárias não violam o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, mantendo a constitucionalidade do ato.

Nesse caso concreto, cumpre assinalar que, não obstante a maioria estreita formada, dois outros ministros compartilharam a validade da referida legislação, com o acréscimo interpretativo da necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, que seria a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa. Contudo, essa ressalva aditiva não foi acolhida pela maioria. Os outros três ministros votantes também agregaram critérios adicionais para a liberação das aludidas pesquisas, os quais foram igualmente rejeitados. Desse modo, ao final a decisão teve um elemento comum unânime pela validade constitucional.

O tema da proibição da prisão civil por dívida no caso de depositário infiel foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos REs 349703 e 466343 e do HC 87585. O

---

<sup>433</sup> Outras fragilidades no processo decisório interno do Supremo Tribunal Federal, que debilitam sobremaneira sua legitimidade e autoridade institucional, são aquelas decorrentes da atuação monocrática indiscriminada e que, em muitas ocasiões, revelam uma atuação estratégica e possível de caráter ideológico dentro do próprio Tribunal. Isso porque o Tribunal, que se justifica e se legitima como uma instituição colegiada acaba por perder credibilidade com a atuação monocrática, e mesmo capital político, como ator político que é no sistema constitucional. O poder e veto de uma corte constitucional é derivado da instituição e não de um agente individual, que pode manipular todo um sistema. Sobre o poder de veto do Poder Judiciário no contexto constitucional, ver TSEBELIS, George. **Veto players: how political institution work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002. Acerca das estratégias individuais em órgão jurisdicional coletivo (multi-membro) como o Supremo Tribunal Federal, ver, CAMINKER, Evan H. "Sincere and strategic voting norms on multimember courts." **Michigan Law Review**, vol. 97, n.º 8, p. 2297-380, 1999. Sobre as fragilidades decisórias consistentes na atuação monocrática, ver FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Eds.). **Onze supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.º 46, p. 121-155, jan./jun. 2015; ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (Ed.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

Tribunal modificou sua jurisprudência e adaptou-se ao Pacto de San José da Costa Rica, adotando entendimento de que a prisão civil se aplica somente aos casos de não pagamento voluntário de pensão alimentícia, e não mais aos casos do depositário infiel. O provimento do recurso foi negado por maioria de oito votos no RE 349703, e por unanimidade no RE 466343. Já o Habeas Corpus foi concedido por unanimidade pelo Tribunal, com fundamento no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais do homem, em que se ponderou que a liberdade é bem jurídico que pode ser suprimido apenas em casos excepcionalíssimos.<sup>434</sup>

No âmbito do direito administrativo, a vedação do nepotismo nos três Poderes deu-se no julgamento pelo Tribunal Pleno da medida cautelar em ADC 12. A maioria de dez ministros decidiu pela constitucionalidade da Resolução 7 do CNJ, sob o argumento de que o ato normativo densifica os quatro princípios do art. 37 da Constituição Federal: impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, motivo pelo qual não há antinomia entre os conteúdos de ambos os dispositivos. Além disso, concluiu-se que os condicionamentos impostos pela Resolução não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, dispostos no art. 37, incisos II e IV, pois tais restrições coincidem com aquelas impostas pelos quatro princípios republicanos supracitados.

A proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato por violação ao princípio democrático, foi determinada no julgamento em conjunto dos Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF. Segundo entendimento firmado pelo Tribunal no Plenário, o caráter partidário das vagas é extraído diretamente da norma constitucional que prevê o sistema proporcional, no art. 45 da Constituição Federal. Por ser esse modelo de sistema caracterizado pela vinculação entre candidato e partido político, que se

---

<sup>434</sup> Quanto ao ponto, mais especificamente em relação à questão da validade constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua classificação como supralegal na ordem constitucional, julgada nos RE 349703, RE 466343 e no HC 87585, é preciso esclarecer que, conquanto o julgamento dos recursos tenham sido por unanimidade não existe maioria necessária formada para a formação de precedente quanto a essa interpretação jurídica, conforme precisa observação feita pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 1.055, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesse sentido foi o argumento sustentado pelo Ministro Celso de Mello, que foi transcrito de acordo com gravação da sessão de julgamento ocorrida no dia 15.12.2016, porque não constou da redação do acórdão: “O pleno do tribunal não chegou a definir-se em torno da natureza, da estatura jurídica das convenções internacionais de direitos humanos. E por quê? Porque nós julgamos com dez ministros. (...) Cinco ministros, incluindo o Ministro Gilmar Mendes, adotaram a tese da supralegalidade, quatro ministros, entre os quais eu me incluo, entenderam que as convenções internacionais de direitos humanos ostentam a qualidade constitucional (...) O Ministro Marco Aurélio que não adentrou ao debate, dava precedência ao pacto internacional de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, no fundo, no fundo, a posição majoritária compôs de cinco votos, a rigor, a rigor, ainda não há um pronunciamento definitivo do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a posição jurídica, a qualificação jurídica dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos”. Essa situação demonstra dois problemas. O primeiro quanto à diferença necessária que se tem na estrutura da decisão entre o dispositivo (resolução do mérito) e o precedente constante na sua justificação. O segundo quanto ao procedimento em julgamento colegiado que precisa ser voltado para um protocolo de votação por questão, a fim de se formar com a real opinião majoritária da Corte.

prolonga mesmo após a eleição, considerou-se que o ato de infidelidade partidária é não só um desvio ético-político, mas também ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, uma vez que migrações inesperadas causam fraude à vontade popular e acarretam desequilíbrio de forças no Parlamento. Nos Mandados de Segurança 26.602 e 26.603, tal entendimento foi firmado por maioria de nove votos, ao passo que, no MS 26.604, deu-se por maioria de seis votos.

Com relação ao direito dos deficientes físicos, o STF decidiu por maioria de sete votos no julgamento da ADI 2649 pela constitucionalidade da Lei 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas com deficiência comprovadamente carentes. Decidiu-se que a referida lei não ofende a livre iniciativa, uma vez que as empresas voltadas à prestação de serviço público se sujeitam a um regime de iniciativa regulada nos termos da lei e conforme os interesses sociais. Além disso, afirmou-se que o dispositivo normativo também não viola o princípio da igualdade, pois o tratamento distinto conferido a esses usuários do sistema de transporte destina-se a igualá-los no direito de acesso ao serviço.

Quanto aos direitos dos trabalhadores públicos, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, declarar omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria de oito votos, aplicar ao setor, no que for compatível, a lei de greve vigente no setor privado. A decisão foi proferida no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712. No julgamento dos Mandados 712 e 708, por oito votos a três, determinou-se a aplicação da Lei 7.783/89, no que couber, à classe de trabalhadores públicos. Já na votação do MI 670, tal determinação se deu por sete votos a quatro.

O tema do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277/DF e na ADPF 132/RJ, julgadas em conjunto. A Corte, por votação unânime, julgou procedentes os pedidos constantes das ações e concluiu que a norma constante do art. 1.723 do Código Civil não impede o reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, merecedora de proteção do Estado, sob o argumento de que a Constituição veda o preconceito em razão de sexo, idade ou raça, inclusive em relação à possibilidade da utilização da sexualidade. Além disso, entendeu-se que a sexualidade diz respeito à intimidade e à vida privada, as quais são incluídas no direito da personalidade, e que o silêncio da Constituição quanto à fruição da preferência sexual



possibilita o emprego da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, conforme o art. 5º, II, CRFB.<sup>435</sup>

No julgamento conjunto das ADIs 829, 830 e 833, cujo objeto de discussão estava circunscrito à matéria da antecipação do plebiscito eleitoral referente à escolha de sistema de governo, prevista na emenda constitucional 2, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime conheceu da ação direta e, por maioria qualificada, reconheceu a legitimidade do controle jurisdicional de emendas constitucionais nas hipóteses de violação das cláusulas pétreas implícitas e explícitas da Constituição Federal.<sup>436</sup>

Questão importante a ser destacada no julgamento em análise é o impacto positivo do argumento da simetria procedimental decisória da Constituição Federal. Isso porque a decisão proferida, por unanimidade quanto ao cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para o controle jurisdicional de emendas à Constituição, com efeito, ofereceu suporte institucional e autoridade para o reconhecimento dessa resposta no sentido da promoção da estrutura de separação de poderes em uma democracia constitucional.<sup>437</sup>

<sup>435</sup> A questão do reconhecimento da união homoafetiva, embora tenha sido resolvida por uma regra de decisão unânime, procedimento que trouxe maior legitimidade e confiabilidade ao processo decisório e, por conseguinte, aceitabilidade do seu resultado pela sociedade e demais atores institucionais, por se tratar de assunto extremamente controverso para a sociedade, por envolver fatores de ordem religiosa e da esfera moral privada, ensejou resistência em alguns setores sociais, o que ecoa no processo legislativo. Nada obstante, é certo que o amplo consenso da Corte sobre a constitucionalidade bloqueou reações mais fortes e imediatistas, em termos de *backlash*.

<sup>436</sup> Ementa do acórdão, relatado pelo Min. Moreira Alves: “Ação direta de inconstitucionalidade. Antecipação do plebiscito a que alude o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988. - Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional - No caso, a nº 2, de 25 de agosto de 1992 - impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas. - Contendo as normas constitucionais transitórias exceções a parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque e da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, e necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência aquilo que, por sua natureza mesma, é dependente. ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente.” ADI 829, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/1993.

<sup>437</sup> Nesse ponto, interessantes as observações feitas por Jed Handelsman Shugerman com relação aos esforços empreendidos por Warren, quando da sua liderança na Suprema Corte Americana para conseguir uma decisão mais consensual possível, com votações por maiorias qualificadas ou unânimes, haja vista os casos polêmicos decididos no período. Como exemplo, os esforços levados a cabo para uma regra de julgamento qualificada nos casos *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*. Em suas palavras: “Court retained its reliable five-vote liberal majority. But while academics have emphasized this ‘Fifth Vote,’ even as titles for chapter headings and in articles, the remarkable feature of the Warren Court’s voting pattern is how rarely it voted five to four in prominent cases, despite its natural five-four split. The most significant Warren Court decisions, the desegregation decisions, were consistently unanimous. Most famous was Chief Justice Earl Warren’s tireless pursuit of unanimity in *Brown v. Board of Education* and *Brown v. Board of Education II*, a success of Chief Justice lobbying that has now reached mythic status. As Warren recounted in his memoirs, “[W]hen the word ‘unanimously’ was spoken, a wave of emotion swept the room; no words or intentional movement, yet a distinct emotional manifestation that defies description.” Ainda: “Of course, Chief Justice Warren famously cobbled together a unanimous decision in *Brown* and in subsequent desegregation decisions, and Justice Blackmun pursued a broader majority in *Roe*, achieving a seven-two vote. In the Warren Court’s ‘Red Monday,’ a series of decisions against McCarthyite ‘domestic-security’ laws in 1957, the Justices switched from six-three votes upholding those laws to six-three, seven-two, and even nine-zero votes against the laws. In another example, Chief Justice William Howard Taft ‘massed’ the Court in broader coalitions in several controversial decisions.” Cf. A six-three rule: reviving consensus and



Dos casos jurídicos aqui examinados, quanto à sua estrutura decisória e seus efeitos no sistema constitucional em face dos atores políticos, jurídicos e da própria sociedade, os quais refletem a realidade jurisdicional contemporânea do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional,<sup>438</sup> é possível reforçar a inferência de que a regra decisória oferece um fundamento estrutural e procedimental para as decisões proferidas por esse Tribunal a fim de assegurar a sua aceitabilidade, autoridade institucional e legitimidade constitucional.

Alguém pode argumentar que as decisões tomadas por maioria estreita de seis a cinco pelo Supremo Tribunal Federal, dentro do quadro quantitativo decisório do Tribunal, configuram realidade isolada, fato ou dado estatístico que poderia invalidar e refutar a argumentação defendida nesta tese. Esse contra-argumento, à primeira vista, aparenta veracidade. Entretanto, é possível levantar duas objeções. A primeira no sentido de que as pesquisas estatísticas devem levar em consideração não apenas dados quantitativos para fazer inferência sobre a realidade objeto da pesquisa. Isso porque, por mais que, em termos numéricos, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sejam por unanimidade<sup>439</sup>, elas refletem o universo da competência recursal do Tribunal que, na sua grande maioria, é julgado por meio do Plenário virtual e não envolve questões de importância para a ordem jurídico-constitucional. Diferentemente das decisões tomadas em sede de ações de controle concentrado e nas repercussões gerais de recurso extraordinário.

A segunda objeção consiste no fato de que o problema de desenho institucional, de técnica processual, não deve ser *ajustado*, ainda mais no campo do processo decisório de uma Corte Suprema com competência constitucional, depois da ocorrência de decisões indesejáveis, com reflexos políticos e jurídicos proeminentes e sérios. Com efeito, esses acontecimentos

---

deference on the Supreme Court. **Georgia Law Review**, vol. 37, 2003, p. 922. No mesmo sentido, SHUGERMAN, Jed Handelsman. Marbury and judicial deference: the shadow of Whittngton v. Polk and the Maryland judiciary battle. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, october 2002, p. 58-108. Ainda, quanto ao ponto, o argumento de Robert Post quanto à conformação da Suprema Corte americana como uma instituição central no funcionamento do Estado e o papel necessário de uma atuação forte e institucional, por meio de opiniões mais majoritárias e consensuais, na era *Taft Court*, responsável pela promulgação do *Judiciary Act of 1925*, POST, Robert C. The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court. **Minnesota Law Review**, vol. 85, 2001, p. 1267-1390.

<sup>438</sup> Cumpre assinalar que não é objetivo da presente pesquisa a análise de um universo específico de casos jurídicos decididos pelo Supremo Tribunal Federal (com a maioria estreita de seis votos a cinco ou cinco a quatro), em determinado espaço de tempo, para se averiguar o perfil das coalizões formadas com a opinião majoritária do tribunal, bem como o caráter ideológico das posições interpretativas, e mesmo o perfil do ministro “chave” para a manipulação das maiorias compostas. Investigação desta natureza e perfil teria um caráter nitidamente empírico e exigiria métodos específicos de verificação. Nesse sentido, as seguintes pesquisas empíricas realizadas sobre o contexto decisório jurisdicional da Suprema Corte Americana, RIGGS, Robert E. "When Every Vote Counts: 5-4 decisions in the United States Supreme Court, 1900-90," **Hofstra Law Review**, vol. 21, n.º 3, 1993, p. 667-724; DAVIDSON, H. Ron. The mechanics of judicial vote switching. **Suffolk University Law Review**, vol. XXXVIII, 17, 2004, p. 17-71.

<sup>439</sup> Dados esses que podem ser acessados no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal no link “estatística”.

acendem o debate na literatura jurídica sobre o desenho institucional, mas qualquer resposta posterior ao fato ou perde o *timing* para seu acontecimento, ou se transforma em disputa ideológica contra o conteúdo das respostas jurisdicionais.

Desse modo, não importa, para os fins desta pesquisa, discutir o fundamento substantivo das decisões tomadas por maioria absoluta estreita - se acompanham uma agenda conservadora ou progressiva, liberal. O que importa é o estabelecimento de uma estrutura e de uma técnica processual necessárias e suficientes para constranger o processo decisório interno e a forma *como* o Direito é *produzido* pelo Tribunal.<sup>440</sup> É preciso pensar o Supremo Tribunal Federal como uma instituição política (quanto aos seus reflexos na democracia constitucional) e jurídica estável e comprometida com o constitucionalismo, no mínimo quanto ao seu procedimento. Os resultados materiais ou substantivos das decisões são disputas de interpretação constitucional que devem ser feitas diariamente pelos atores institucionais e sociais na arena factual e jurisdicional.<sup>441</sup>

A composição que hoje pode ser considerada *conservadora* amanhã pode ser *liberal* ou *progressista*. O seis a cinco de hoje, que pode agradar uma determinada plateia, pode ser a mesma votação que afronta essa mesma audiência amanhã. Daí nosso compromisso com um desenho institucional que fortaleça o constitucionalismo. Ao final, nosso engajamento é com a prestação de uma tutela adequada e efetiva do direito constitucional por meio da sua melhor técnica processual.<sup>442</sup>

A proposta de modificação dos mecanismos de tomada de decisão coletiva do Supremo Tribunal Federal, por uma regra de julgamento de supermaioria de dois terços dos membros do Tribunal, no plano teórico e normativo, objetiva influenciar de forma previsível a tutela dos valores constitucionais formais ou substantivos das decisões da Suprema Corte.

---

<sup>440</sup> Cf. PASQUINO, Pasquale. *Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide? Precedente Revista Jurídica*, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 9-43. O autor, nesse artigo, desenvolve análise sobre o processo decisório interno levado a cabo pelas Cortes Constitucionais da Itália, Alemanha e França, com especial atenção para o método de produção e criação do direito por essas mesmas cortes, por meio da deliberação e as técnicas correlatas adotadas intracorte. O autor, partindo de uma recompreensão da estrutura da separação de poderes na ciência política, com a proposta de “governos mistos” nas democracias constitucionais contemporâneas, que compartilha autoridade, poder e responsabilidade entre os poderes de Estados e corte constitucional, afirma o processo criativo de produção de Direito por tais Tribunais, com fundamento, inclusive, na teoria proposta por Mauro Cappelletti. Argumento compartilhado nesta pesquisa.

<sup>441</sup> Cf. CAMINKER, *Thayerian deference to Congress and Supreme Court supermajority rule...*, p. 78.

<sup>442</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

## 5.5 FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA REGRA DE DECISÃO SUPERMAJORITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As formas de implementação da supermaioria como regra de julgamento na jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, tal como proposto na tese identificada no tópico 5.2, são, essencialmente, de três ordens.<sup>443</sup>

A primeira diz respeito a eventual necessidade de alteração formal do texto constitucional, por meio do processo de emenda à Constituição, tal como previsto em seu art. 60. Para implementar o protocolo de votação por maioria qualificada de dois terços para as decisões de inconstitucionalidade e constitucionalidade de atos legislativos e atos normativos do poder público, pareceria necessária tal modificação formal, na medida em que o art. 97 tem regra expressa no sentido da maioria absoluta.

No direito constitucional brasileiro, e mesmo no direito processual, o procedimento e o julgamento das decisões do Supremo Tribunal Federal são regulamentadas pelo Poder Legislativo, por meio do processo de criação de regras, sem que tal atividade configure interferência indevida na atuação do Poder Judiciário. Ao contrário do contexto do direito norte-americano, em que há maiores divergência quanto ao ponto.<sup>444</sup>

Não obstante, outra seria a resposta para as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral. Neste caso, não é necessária uma alteração formal, pelo constituinte derivado reformador, porquanto no sistema positivo inexistente a atribuição de uma técnica de julgamento expressa. Salvo aquela para a decisão de não admissibilidade da repercussão geral, tal como previsto no art. 102, §3º, da Constituição Federal, podendo aqui ser aplicada a terceira ordem de implementação sugerida.

A segunda ordem de implementação da regra de julgamento por maioria qualificada de dois terços independe de alteração formal ou informal da Constituição, num ou noutro caso. Ela seria não apenas necessária, mas também suficiente para essa configuração do novo desenho

---

<sup>443</sup> Sobre a diferença do impacto de diferentes processos de desenho institucional nos resultados constitucionais e da forma como esses ocorrem, ver BLOUNT, Justin, ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom. Does the process of Constitution-making matter? In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 31-68. Sobre o alto custo decisório e dificuldades que envolvem o procedimento formal de alteração da Constituição por meio de emendas, ver DIXON, Rosalind; HOLDEN, Richard. Constitutional amendment rules: the denominator problem. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 195-218.

<sup>444</sup> Ver sobre o ponto SHUGERMAN, Jed Handelsman. **A six-three rule...**, p. 971-997; REVESZ, Richard L.; KARLAN, Pamela S. Nonmajority rules and the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 136, 1988, p. 1067-1133.

institucional, mais adequado a uma Suprema Corte responsável pela criação de precedentes constitucionais, que têm papel central na conformação do Estado de Direito.

Trata-se da adoção do protocolo de votação por supermaioria por meio de um acordo e consenso entre os ministros para o processo de tomada de decisões mais importantes da Corte. E essa regra de maioria qualificada adotada *informalmente* como prática jurisdicional da Corte em nada seria incompatível com a regra de maioria absoluta prevista no art. 97. Isso porque, bem vistas as coisas, a previsão de uma regra de julgamento por maioria absoluta, ou qualquer outro parâmetro, impõe um limite mínimo para a tomada de decisão. Limite mínimo que não restringe qualquer outro quórum superior, como já é de costume na prática jurisdicional.<sup>445</sup>

A terceira forma de implementação conjuga o alto custo procedimental que a primeira exige, quanto ao processo de reforma formal da Constituição, por meio de emenda, e as premissas teóricas subjacentes à segunda, que consistem no reconhecimento da insuficiência da regra de maioria absoluta para o novo cenário normativo do Supremo Tribunal Federal. Como visto no quarto capítulo a escolha pelo desenho institucional majoritário se deu em outro contexto da jurisdição constitucional, voltada ao caso concreto e limitada a uma compreensão de separação de poderes e funcionamento do próprio Estado Constitucional brasileiro.

Nessa linha argumentativa, a terceira ordem pode ser justificada por um processo interpretativo do art. 97 da Constituição, em autêntica situação de mutação constitucional,<sup>446</sup> que exige uma configuração decisória mais rigorosa e conforme ao novo quadro normativo e institucional do Supremo Tribunal Federal. Aqui cabem todas as considerações feitas para a segunda forma de implementação.

Em resumo: a regra de supermaioria pode alterar a dinâmica da jurisdição constitucional, dando-lhe maior credibilidade e aceitabilidade, levando a um tipo diferente de cultura de tomada de decisão. Tal desenvolvimento conduziria a um aumento da confiança na atuação do tribunal. Não há dúvidas de que a mudança da função institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, no cenário contemporâneo de recompreensão do funcionamento do Estado de Direito, obriga-nos a repensar o processo decisório interno deste tribunal. Por isso, a

---

<sup>445</sup> Quanto ao argumento da possibilidade de implementação de regra de supermaioria na ordem constitucional como mecanismo de tomada de decisão coletiva sem o processo de emenda à Constituição, cf. FERREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, 2002, p. 41-68; ACKERMAN, Bruce. Judicial extremism: a german antidote. **Los Angeles Times**, 19.02.2003. Disponível: <http://articles.latimes.com/2003/feb/19/opinion/oe-ackerman19>; WIBLE, Brent. *Filibuster vs. Supermajority Rule: From Polarization to a Consensus- and Moderation-Forcing Mechanism for Judicial Confirmations*, **Wm. & Mary Bill Rts. J.** n.º 13, 2005, p. 923-965. Embora voltado para o direito norte-americano, o argumento vale igualmente para esta pesquisa e para o Estado Constitucional brasileiro.

<sup>446</sup> Acerca da questão da mutação constitucional no direito brasileiro, ver MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Ed.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

viabilidade da defesa do interesse da própria Corte na adoção desse tipo de mecanismo de tomada de decisão coletiva como prática interna, sem que se exija alterações formais na moldura textual legal ou constitucional.

## CONCLUSÃO

1. A necessidade de se pensar e formatar novos desenhos institucionais para o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com o propósito de fornecer um processo decisório adequado às propriedades que caracterizam e justificam esse órgão jurisdicional, foi o objetivo que animou a tarefa empreendida nesta tese.

2. A proposição de um protocolo de votação supermajoritário para as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas no exercício da jurisdição constitucional harmoniza nosso processo decisório constitucional com a regra de decisão prevalecente no quadro normativo da democracia consensual e do compromisso constitucional com o supermajoritarismo, verificado ao longo do texto da Constituição.

3. A tese sustentada tem suporte, portanto, na teoria constitucional e nos valores subjacentes à estrutura decisória supermajoritária da Constituição, bem como guarda coerência com as regras de decisão desenhadas pela democracia consensual no plano da ciência política.

4. A regra de decisão por maioria simples ou absoluta se justifica pela tutela dos seguintes valores da igualdade e liberdade dos decisores, da neutralidade à preferência que informe o contexto decisório, da facilidade procedimental na alteração da decisão, da viabilidade institucional em órgão coletivo supernumerário e da maximização da probabilidade de correção da decisão.

5. A regra de maioria qualificada ou supermajoritária se fundamenta na tutela dos valores do compromisso com o consenso, do incentivo à deliberação, da estabilidade, da continuidade da ordem decisória, da preferência pelo *status quo* - não em uma perspectiva puramente conservadora, mas procedimental, ligada ao *modo de produção* das decisões – e, por fim, da consideração da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.

6. Por sua vez, a regra supermajoritária promove o valor da estabilidade do precedente judicial, de modo a evitar decisões de curto prazo que potencializem a variabilidade e fragilidade da ordem normativa em face dos demais atores políticos, e estimula por motivos *equivocados* o diálogo interinstitucional.

7. A regra de votação de supermaioria é técnica decisória que toma em consideração a situação de dúvida razoável no juízo de validade constitucional em uma perspectiva objetiva, vale dizer, do julgamento colegiado da instituição, e não puramente na perspectiva do julgamento individual agregativo. Se o objetivo da jurisdição constitucional é proteger o sistema contra os abusos dos governos e das maiorias político-representativas ocasionais, por certo, que também deve a ordem institucional prever salvaguardas contra o uso abusivo do

poder dos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, notadamente no espaço constitucional.

8. A regra de decisão majoritária, ao permitir uma votação estreita, propícia a impressão de aleatoriedade no processo decisório, na medida em que o caso poderia ter sido resolvido em favor de qualquer dos resultados. Esse fator maximiza o confronto da autoridade institucional do Supremo Tribunal Federal com os demais atores políticos, de modo a acentuar seu *déficit* de representatividade e também acentuar a percepção de arbitrariedade, minorando, por conseguinte, a aceitação de suas decisões pela comunidade.

9. A escolha por um quadro normativo processual para o exercício da função jurisdicional pelos tribunais constitucionais, especificamente do Supremo Tribunal Federal, é extremamente relevante, porquanto evita a formação de situações de instabilidade política e jurídica nos momentos de decisão das disputas judiciais mais complexas, em razão dos efeitos jurídicos e políticos envolvidos.

10. Um processo decisório interno forte o suficiente para garantir autoridade, aceitabilidade e confiança da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, afasta a influência de fatores externos que possam igualmente deslegitimar sua reputação externa, na perspectiva do Estado de Direito e da democracia consensual.

11. A regra de julgamento proposta, na primeira leitura, expressaria a ideia de enfraquecimento do papel e função do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema constitucional, de criação de precedentes, por meio do processo de interpretação e aplicação do Direito, e do controle de validade constitucional dos atos normativos. Entretanto, apesar de ser uma conclusão contra intuitivo, a pesquisa demonstrou que a adoção da supermaioria conduz efetivamente ao contrário. Vale dizer, leva ao fortalecimento do papel institucional da Corte.

12. A regra de maioria qualificada de dois terços não diminui ou enfraquece o exercício das "funções essenciais" da Suprema Corte. Essa proposta de regra de votação não deprecia o Supremo Tribunal Federal. Ela altera o regime processual como método de promoção do equilíbrio entre as estruturas decisórias dos Poderes de Estado e qualificação dos resultados decisórios do tribunal.

13. A regra de decisão supermajoritária para o Supremo Tribunal Federal é, portanto, no mínimo uma ideia intrigante e, como demonstrado nesta tese, conduz a uma solução para problemas que se colocam de forma bastante nítida no atual desenho institucional brasileiro. Em termos de jurisdição constitucional, vale lembrar, ser intrigante é o suficiente para justificar uma exploração teórica aprofundada e séria sobre as suas potencialidades não apenas teóricas, mas também práticas.



14. Com a presente tese, embora não se espere convencer a todos de sua validade e justificação, pretende-se, ao menos, conquistar uma aceitação supermajoritária.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

ACKERMAN, Bruce. Beyond Caroline products. **Harvard Law Review**, vol. 98, n.º 4, 1985, p. 713-746.

AHARON, Barak. Foreword: "A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". **Harvard Law Review**, n.º 16, 2002. p. 19-162.

ALBERTS, Susan; WARSHAW Chris; WEINGAST, R. Barry. Democratization and countermajoritarian institutions: power and constitutional design in self-enforcing democracy. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 69-100.

ALMOND, Gabriel A. Comparative political systems. **The Journal of Politics**, vol. 18, n.º 3, 1956. p. 391-409.

AMATO, Giuliano. Osservazioni sulla "dissenting opinion". In: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 21-30.

AMRAM, Philip W. The dissenting opinion comes to the german courts. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 6, n.º 1, 1957. p. 108-111.

ANZON, Adele. Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudice costituzionali. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 429-458.

ARAGÃO, Egas Dirceu. **Embargos infringentes**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.º 46, jan./jun. 2015. p. 121-155.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (Ed.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-242.

ASPRELLA, Cristina. **L'opinione dissenziente del giudice**. Roma: Aracne, 2012.

ASSOCIATION, Harvard Law Review. Plurality decisions and judicial decisionmaking. **Harvard Law Review**, vol. 94, n.º 5, 1981. p. 1127-1146.

AZEVEDO, José A. M. **Elaborando a Constituição Nacional**: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 12, n.º 96, fev./mai. 2010. p. 5-43.

BARROSO, Luís Roberto. Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Ed.) **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARSOTTI, Vittoria; CAROZZA, Paolo G.; CARTABIA, Marta; SIMONCINI, Andrea. **Italian constitutional justice in global context**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BEAUD, Olivier. The issue of majority in a federal system: constituent power and amendment of the federal compact. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 56-76.

BELL, Karl M. Zo. L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria. In: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 61-104.

BLOUNT, Justin, ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom. Does the process of Constitution-making matter? In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 31-68.

BURIL, Lucas. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1957.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Introduction – Policies, trends and ideas in civil procedure. In: CAPPELLETTI, Mauro. **International Encyclopedia of Comparative Law**. Vol. XVI (civil procedure). Tübingen: Mohr, 1987. p. 1-90.

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. The mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis. **Southern California Law Review**, vol. 53, 1980. p. 409-445.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiantig Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice". **Catholic Law Review**, vol. 35, 1985. p. 1-32.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law Review**, vol. 58, n.º 5, 1970, p. 1017-1053.

CAMINKER, Evan H. "Sincere and strategic voting norms on multimember courts." **Michigan Law Review**, vol. 97, n.º 8, 1999. p. 297-380.

CAMINKER, Evan. Thayerian deference to congress and supreme court supermajority rule: lessons from the past. **Indiana Law Journal**, vol. 78, 2003. p. 73-122.

CASSESE, Sabino. **Dentro la corte**: diario de un giudice costituzionale. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2015.

CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

CASTRO, Araújo. **A reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1924.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: comentários. 2ª ed. (publicação póstuma). Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão Cavalcanti. **A Constituição Federal comentada**. 3ª ed. rev. e atual. Vol. IV. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1959.

CAVALCANTI, Themistocles. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição. In: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de outubro de 1978. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1982, p. 105-130.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (coord.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Abril 1, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>.

CULP, Maurice S. A Survey of the Proposals to Limit or Deny the Power of Judicial Review by the Supreme Court of the United States. **Indiana Law Journal**, vol. 4, n.º 6, 1929, p. 386-398.

CUSHMAN, Robert Eugene. Constitutional Decisions by a Bare Majority of the Court. **Michigan Law Review**, Vol. 19, No. 8, jun., 1921. p. 771-803.

DAVIDSON, H. Ron. The mechanics of judicial vote switching. **Suffolk University Law Review**, vol XXXVIII, 17, 2004. p. 17-71.

DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. **Duke Law Journal**, vol. 59, 1974, p. 59-86.

DENTI, Vittorio. Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie. In: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 1-20.

DIDIER, Fredie Jr; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE, Jaldemiro; MACÊDO, Lucas Buril de (Ed.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2, 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016

DI MARTINO, Alessandra. **Le opinione dissenziente del giudice costituzionale: uno studio comparativo**. Napoli: Jovene Editore, 2016.

DIXON, Rosalind; HOLDEN, Richard. Constitutional amendment rules: the denominator problem. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 195-218.

DOUGLAS, William D. Il “dissent”: una salvaguardia per la democrazia. In: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 105-112.

DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946** – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assambléia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

EISGRUBER, L. Christopher. Democracy and disagreement: a comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement. **N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy**, vol. 6, n.º 1, 2002. p. 35-47.

ELSTER, Jon. Clearing and strengthening the channels of constitution. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 15-30.

ELSTER, Jon. **Securities against misrule: juries, assemblies, elections**. New York: Cambridge University Press, 2013.

ELSTER, Jon. Tyranny and brutality of the majority. ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 159-176.

EXPOSITO, Enriqueta. Mayorías en el Estado Constitucional. In: GUTIERREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 67-100.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta corte do judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Eds.). **Onze supremos**: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. **N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy**, vol. 6, n.º 1, 2002. p. 49-59.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, vol. 82, 2004. p. 1671-1704.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, vol. 65, 2002, p. 41-68.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards a institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). **Constitutional justice, east and west**: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Amsterdã: Springer, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macêdo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2004.

FISCHER, Louis. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FULD, Stanley H. The Voices of Dissent. **Columbia Law Review**, vol. 62, n.º 6, jun. 1962. p. 923-929.

FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; DANTAS, Bruno (org.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism**: theory and practice. New York: Cambridge University Press, 2013.

GASCON, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. **Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP. Beiheft**, n.º 133, 2012. p. 35-50.

GERHARDT, Michael J.; PAINTER, Richard W. Majority rule and the future of judicial selection. **Wisconsin Law Review**, 2017. p. 263-284.

GREENBAUM, Jeffrey P. Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 183-198.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases.** New York: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutionalism review. In: WHITTINGTON, Keith et al. (Eds.). **The Oxford Handbook Law and Politics.** Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOODIN, Robert E.; LIST, Christian. Special majorities rationalized. **British Journal of Political Science**, vol. 36, 2006, p. 213-241.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. **NUJS Law Review**, vol. 4, issue 1, 2011. p. 15-29.

GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. **Israel Law Review**, vol. 33, 1999. p. 193-215.

HIRSCHL, Ran. The “Design Sciences” and Constitutional “Success”. **Texas Law Review**, vol. 87, 2009 p. 1340-1374.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. Hirschl, Ran, Going global? Canada as importer and exporter of constitutional Thought In: ALBERT, Richard; CAMERON, David R (ed.). **Canada in the world: comparative perspectives on the canadian Constitution.** Cambridge University Press, 2017. Disponível: <https://ssrn.com/abstract=2935553>.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. **Washington University Journal of Law & Policy**, vol. 4, 2000. p. 261-287.

ISSACHAROFF, Samuel. The majoritarian threat to democracy: Constitutional courts and the democratic pact. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice.** New York: Cambridge University Press, 2014. p. 236-256.

ISSACHAROFF, Samuel. Constitutionalizing democracy in fractured societies. **Texas Law Review**, vol. 82, 2004. p. 1861-1893.

ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and consolidated power. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 62, 2014. p. 585-612.

ISSACHAROFF, Samuel. Constitutional courts and democratic hedging. **The Georgetown Law Journal**, vol. 99, 2011. p. 961-1012.



JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 47-63.

KELSEN, Hans. **Wom Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 2ª ed., 1929.

KELSEN, Hans. Wom Wesen und Wert der Demokratie. **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik**, vol. 47, 1920. p. 50-85.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 40, n.º 107, out/dez 1987. p. 63-128.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1 de outubro de 1920. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123-186.

KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the austrian and the american Constitution. **The Journal of Politics**, vol. 4, n.º 2, , may 1942. p. 183-200.

KELSEN, Hans. Compulsory adjudication of international dispute. **The American Journal of International Law**, vol. 37, 1943. p. 397-406.

KELSEN, Hans. Organization and procedure of the Security Council of the United Nations, vol. 59, **Harvard Law Review**, 1946. p. 1087-1121.

KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**. Milano: Giuffrè, anno LIII, 1999. p. 143-148.

KING, Brett W. The use of supermajority provisions in the constitution: the framers, the federalist papers and the reinforcement of a fundamental principle, **Seton Hall Constitution Law Journal**, vol. 8, 1998. p. 363-414.

KNIGHT, Jack. Institutionalizing constitutional interpretation. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). **Constitutional culture and democratic rule**. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 361-392.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, vol. 81, n.º 1, 1993. p. 1-59.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding Together (October 2013). **NYU School of Law**, Public Law Research Paper No. 13-65; **NYU Law and Economics Research**, Paper No. 13-37. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2332236>.

KORNHAUSER, Lewis A. Modeling collegial courts. **The Journal of Law, Economics & Organization**, vol. 8, n.º 3, 1992. p. 441-470.

KOZEL, Randy J. Stare Decisis in the Second-Best World. **California Law Review**, vol. 5, 2015. p. 1139-1192.

KRAMER, Larry. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

LASSER, Mitchel de S.-O.-I'E. **Judicial deliberations**: a comparative analysis of transparency and legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LEIB, Ethan J. Supermajoritarianism and the american criminal jury. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 33, 2006. p. 141-196.

LEITE, Fabio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, vol. 48, jan/jun, 2016. p. 139-166.

LEITE, Fabio Carvalho. Pelo fim da "cláusula de reversa de plenário". **Direito, Estado e Sociedade**, n.º 40, jan/jun, 2012, p. 91-131.

LEVINSON, Sanford. Designing an amendment process. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). **Constitutional culture and democratic rule**. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 271-287.

LEVMORE, Saul. Voting paradox and interest groups. **The Journal of Legal Studies**, vol 28, n.º 2, 1999. p. 259-281.

LEVMORE, Saul. More than mere majorities. **Utah Law Review**, n.º 4, 2000. p. 759-777.

LEVMORE, Saul. "Parliamentary Law, Majority Decisionmaking, and the Voting Paradox." **Virginia Law Review**, vol 75, 1989. p. 971-1044.

L'HEUREUX-DUBE, Claire. The dissenting opinion: voice of the future? **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 38, n.º 3, 2000. p. 495-517.

LIJPHART, Arend. **Thinking about democracy**: power sharing and majority rule in theory and practice. New York: Routledge, 2008.

LIJPHART. Arend. **Patterns of democracy**: government forms and performance in thirty-six countries. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2012.

LIJPHART. Arend. **Patterns of democracy**: government forms and performance in thirty-six countries. New Haven: Yale University Press, 1999.

LUTHER, Jörg. L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 259-277.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: \_\_\_\_\_. **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. **Acta Juridica**, n.º 187, 1998, p. 174-187.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: the collegial game**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANGABEIRA, João. Em torno da Constituição. **Bibliotheca de Cultura Jurídica e Social**, vol II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamentos nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. 4ª ed. Atual. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Our supermajoritarian Constitution. **Texas Law Review**, vol. 80, n.º 2, march 2002. p. 703-806.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Majority and supermajority rules: three views of the Capitol, **Texas Law Review**, vol. 85, 2007. p. 1115-1184.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules as a constitutional solution, **William and Mary Law Review**, vol. 40, n.º 2, 1999. p. 365-470.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. The constitutionality of legislative supermajority requirements: a defense. **Yale Law Journal**, vol. 105, 1995. p. 483-512.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. Supermajority rules and the judicial confirmation process. **Cardozo Law Review**, vol. 26, 2005. p. 543-578.

MCWHINNEY, Edward. **Supreme courts and judicial law-making**: constitutional tribunals & constitutional review. Leiden: Kluwer Law International, 1986.

MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74.

MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Ed.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei n.º 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MICHEL, Stephan; COFONE, Ignacio N. Majority rules in constitutional referendums. **Kyklos International Review of Social Sciences**, Vol. 70, n.º 3, August 2017, p. 402-424.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2ª ed. rev, atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. rev, atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Distinção entre fundamento do acórdão e fundamento de voto. **Revista de Processo**, vol. 2, abril/1976, p. 300.

NADELMANN, Kurt H. Il “dissenso” nelle decisioni giudiziarie (pubblicità contro segretezza). In: MORTATI, Costantino (a cura di). **Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionale ed internazionali**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 31-60.

NASH, Jonathan, "The Majority that Wasn't: Stare Decisis, Majority Rule and the Mischief of Quorum Requirements," **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n.º 227, 2008.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NITZAN, Shmuel; PAROUSH, Jacob. Are Qualified Majority Rules Special? **Public Choice**, Vol. 42, No. 3, 1984, p. 257-272.

NOVARESE, Francesco. Dissenting opinion e Corte Europea dei diritti dell'uomo. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 361-377.

NOVAK, Stéphanie. Two effects of a high threshold of qualified majority. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions**: principles and practice. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 177-195.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. p. 125-148. In: **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n.º 1, Política e Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** (Impresso), v. 27, 2012. p. 89-115.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. **Revista de Sociologia e Política** (UFPR. Impresso), v. 20, 2012. p. 139-153.

OLIVEIRA, FABIANA LUCI; FALAVINHA, DIEGO H. S.; BRAGHIN, SIMONE. Processo decisório no STF e o caso da Reforma do Judiciário. Decision-making process in Supreme Court and the case of Judicial Reform. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, 2015. p. 365-394.

PASQUINO, Pasquale. Majority rules in constitutional democracies: some remarks about theory and practice. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 219-235.

PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication, Italian style. In: GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 294-316.

PASQUINO, Pasquale. One and three: separation of powers and the Independence of the judiciary in the Italian constitution. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). **Constitutional culture and democratic rule**. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 205-222.

PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France and Italy. **Ratio juris**, vol. 11, n.º 1, march 1998, p. 38-50.

PASQUINO, Pasquale. On rule of law and divided power. **The Justice System Journal**, vol. 33, n.º 2, 2012. p. 131-135.

PASQUINO, Pasquale. Le autorità non elettive nelle democrazie. **Il Mulino- Rivisteweb**. n.º 4, luglio-agosto, 2001. p. 596-604.

PASQUINO, Pasquale. Votare e deliberare. **Filosofia Politica**, n.º 1, 2006. p. 103-114.

PASQUINO, Pasquale. Il giudice e il voto. **Il Mulino**, fascicolo 5, settembre-ottobre, 2003. p. 803-812.

PASQUINO, Pasquale. Condorcet, Kelsen e a regra da maioria. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A diversidade do pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 237-251.

PASQUINO, Pasquale. The nature and limits of the majority principle. In: **Books and Ideas**. 20 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.booksandideas.net/The-Nature-and-Limits-of-the.html>. p. 1-13.

PASQUINO, Pasquale. A political theory of constitutional democracy. On legitimacy of constitutional courts in stable liberal democracies. **Straus Institute Working Paper** n.º 4, 2013, Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP4Pasquino.pdf>.

PASQUINO, Pasquale. Samuel Pufendorf: majority rule (logic, justification and limits) and forms of government. **Social Science Information**, vol. 49, n.º 1, 2010. p. 99-109.

PASQUINO, Pasquale. Cómo deciden las Cortes Constitucionales? How do the Constitutional Courts decide? **Precedente Revista Jurídica**, vol. 9, jul-dec, 2016, p. 9-43.



PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009.

PASTOR, Roberto Viciano. Mayorías en el proceso constituyente. In: GUTIERREZ, Ignacio Gutiérrez (Ed.). **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 55-66.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sull'opinione dissenziente. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 61-66.

PIZZORUSSO, Alessandro. Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni della decisione della Corte Costituzionale. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 57-60.

PIZZORUSSO, Alessandro. Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 37-62.

PILDES, Richard H. "Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution?." **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**. Paper 251, 2011. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/251](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251).

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Vol. III, 1934. 3ª ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas. 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1937**. Tomo III, artigos 90-123 (Poder Judiciário, Tribunal de Contas, Nacionalidade e cidadania. Direitos e garantias individuais). Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti editores, 1938.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1946**. 3ª ed. Ver. e atual. Tomo VI (Arts. 157-218). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. Tomo III (Arts. 34-112). Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POST, Robert C. The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court. **Minnesota Law Review**, vol. 85, 2001, p. 1267-1390.

POST, Robert C. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: **Harvard**



**Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**. v. 42. Cambridge: Harvard University, 2007. p. 373-433.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

POSNER, Richard A. Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement. **Columbia Law Review**, vol. 100, 2000. p. 582-592.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. The votes of other judges. **Georgetown Law Journal**, vol. 105, 2016. p. 159-190.

QUINN, Kevin M. The academic study of decision making on multimember courts. **California Law Review**, vol. 100, 2012. p. 1493-1502.

**Report of cases in the Supreme Court of Nebraska**, vol. 119. Nebraska: Claflin Printing Company, 1931.

REVESZ, Richard L.; KARLAN, Pamela S. Nonmajority rules and the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 136, 1988. p. 1067-1133.

RIGGS, Robert E. "When Every Vote Counts: 5-4 decisions in the United States Supreme Court, 1900-90." **Hofstra Law Review**: Vol. 21: n.º 3, 1993. p. 667-724.

RILEY, Jonathan. Constitutional democracy as a two-stage game. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). **Constitutional culture and democratic rule**. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 147-169.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendment**: the limits of amendment powers. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCALIA, Antonin. Remarks on dissenting opinions. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 411-428.

SCHAUER, Frederick. Opinions as rules. **The University of Chicago Law Review**, vol. 62, n.º 4, 1995, p. 1455-1475.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n.º 3, feb. 1987, p. 571-606.

SCHWARTZBERG, Melissa. Voting the general will: Rousseau on decision rules. **Political Theory**, vol. 36, n.º 3, 2008. p. 403-423.

SCHWARTZBERG, Melissa. Democracy, judgment and juries. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions**: principles and practice. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 196-217.

SICLARI, Massimo. L'istituto dell'opinione dissenziente in Spagna. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminário svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 323-335.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SHAPIRO, Martin. Judicial review: political reality and legislative purpose: the Supreme Court's supervision of congressional investigations. **Vanderbit Law Review**, vol. 15, 1962. p. 535-557.

SHAPIRO, Martin. The supreme court and constitutional adjudication: of politics and neutral principles. **The George Washington Law Review**, vol. 31, 1963. p. 587-606.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. A six-three rule: reviving consensus and deference on the supreme court. **Georgia Law Review**, vol. 37, 2003. p. 893-1017.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. Marbury and judicial deference: the shadow of *Whitngton v. Polk* and the maryland judiciary battle. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, october, 2002. p. 58-108.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, 2009. p. 197-227.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n.º 3, 2013. p. 557-584.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n.º 1, 2015. p. 180-200.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme**: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè, 2001. p. 105-116.

SILVESTRI, Gaetano. Le Corti Supremi negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In: **Le Corti Supreme**: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi

Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 35-50.

SCHWARTZBERG, Melissa. Voting the General Will: Rousseau on Decision Rule. **Political Theory**, Vol. 36, n.º 3, jun., 2008, p. 403-423.

SCHWARTZBERG, Melissa. Democracy, judgment and juries. In: In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions: principles and practice**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 196-218.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Hans Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934. **Direito & Práxis Revista**, vol 06, n.º 11, 2015. p. 343-374.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FERREIRA, Bruna Mariz Bataglia; LIMA, Douglas de Lacerda. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. **Revista da Faculdade de Direito-UERJ**, Rio de Janeiro, n.º 30, dez. 2016. p. 248-265.

STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 335-358.

SUNSTEIN, Cass R. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard Universty Press, 2003.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.º 54, 2007. p. 56-68.

TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 95-104.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 11-36.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

THAYER, James. Law and fact injury trials. **Harvard Law Review**, vol. 4, n.º 4, 1890. p. 147-175.

TREANOR, William Michael; SPERLING, Gene B. Prospective overruling and the revival of ‘unconstitutional statutes’, **Columbia Law Review**, vol. 93, n.º 8, p. 1902-1955.

TSEBELIS, George. **Veto players: how political institution work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon Press, 2008.

VARANO, Vincezo. A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana. In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 129-144.

VIGORITI, Vincenzo. Corte Costituzionale e "dissenting opinions". In: ANZON, Adele (a cura di). **L'opinione dissenziente**: atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudice costituzionale e internazionale. Milano: Giuffrè, 1995. p. 145-153.

VERMEULE, Adrian. The force of majority rule. In: ELSTER, Jon; NOVAK, Stephanie (Ed.). **Majority decisions**: principles and practice. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 132-158.

WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? **Yale Law Journal**, vol. 123, 2014. p. 1692-1730.

WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C (Eds.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. (tradução de Marcelo Alegre e Paola Bergallo). Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 249-267.

WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach. **NYU School of Law**, Public Law Research Paper n.º 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>.

WARREN, Charles. Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States, **American Law Review**, 1913. p. 20-27.

WARREN, Charles. Congress, the Constitution and the Supreme Court. Boston: Little, Brown, and Company, 1925.

WIBLE, Brent. Filibuster vs. Supermajority Rule: From Polarization to a Consensus- and Moderation-Forcing Mechanism for Judicial Confirmations, **Wm. & Mary Bill Rts. J.** n.º 13, 2005. p. 923-965.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **The Brethren**: inside the Supreme Court. New York: Simon & Schuster, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La corte in politica. **Quaderni costituzionale**, XXV, n.º 2, giugno 2005. p. 273-282.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principi e voti:** la Corte costituzionale e la politica. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite:** legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi; 1992.

ZANETTI, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos fomalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças constitucionais na jurisdição constitucional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.